

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JAQUELINNE MICKAELLY GALINDO

DESVALOR DO INJUSTO E TIPICIDADE: um olhar sobre a Teoria da Imputação
Objetiva

Recife
2017

JAQUELINNE MICKAELLY GALINDO

DESVALOR DO INJUSTO E TIPICIDADE: um olhar sobre a Teoria da Imputação
Objetiva

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de
Siqueira.

Recife
2017

Ficha catalográfica

Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

Galindo, Jaquelinne Mickaelly.

G158d Desvalor do injusto e tipicidade: um olhar sobre a Teoria da Imputação Objetiva / Jaquelinne Mickaelly Galindo. - Recife, 2017. 81 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) –
Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Funcionalismo teológico. 3. Tipicidade. 4. Teoria da imputação objetiva. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

CDU 340

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

JAQUELINNE MICKAELLY GALINDO

DESVALOR DO INJUSTO E TIPICIDADE: um olhar sobre a Teoria da Imputação
Objetiva

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador (a):

Examinador (a):

Aos meus pais, Macileide e Aécio, por todo o esforço empregado em
minha formação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por fazer parte dos meus dias e fortalecer a minha fé de que cada sonho pode ser alcançado.

À minha família, por estar presente apesar da distância. De maneira especial, aos meus pais que não mediram esforços para que eu pudesse chegar até aqui.

Agradeço também a Esle Eduardo Galindo, que de forma carinhosa esteve ao meu lado me apoiando em todos os momentos.

Ao Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira, por ter me apresentado esta temática, ter compartilhado seus conhecimentos e pelo apoio na elaboração deste trabalho.

Agradeço ainda aos amigos que fiz ao longo desses anos na graduação.

“Multiplicar leis penais significa multiplicar violações à lei; não
significa evitar crimes, mas criar outros novos.”

Cesare Beccaria.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo investigar a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva no âmbito jurídico-penal brasileiro. Para tanto, através do método hipotético-dedutivo, desenvolve-se uma análise acerca do revigoramento da Teoria da Imputação Objetiva por meio das propostas de Claus Roxin em seu Funcionalismo Teleológico. Feita uma abordagem dos antecedentes históricos da temática é possível esclarecer como o objeto da imputação objetiva manteve-se presente no centro das discussões do Direito Penal. Deste modo, apesar de ser expresso por meio de correntes distintas, encontrou nas propostas de Claus Roxin o revigoramento de que faz jus, sobretudo, o *status* de componente da tipicidade objetiva, necessário para a resolução das problemáticas decorrentes da utilização de um raciocínio de causa e efeito, que se mantém presente no Direito Penal Brasileiro desde as propostas do sistema clássico. Assim, questiona-se se a verificação do nexos de causalidade entre a ação e o resultado delitivo é suficiente para que se possa afirmar a tipicidade objetiva de uma conduta, chegando-se a conclusão de que a mera constatação da relação causal não basta para confirmar a tipicidade objetiva de um comportamento, sendo defendida a viabilidade da complementaridade entre a Teoria da Equivalência das Condições e o conteúdo da Teoria da Imputação Objetiva, para que desta forma se possa confirmar com segurança o status típico-objetivo do comportamento delitivo. Tornando possível a superação do raciocínio puramente naturalista, há muito, presente em nosso sistema.

Palavras chave: Funcionalismo teleológico, Tipicidade, Teoria da Imputação Objetiva.

ABSTRACT

The objective of this study has to investigate the possibility of applying the theory of objective imputation in the Brazilian legal-penal context. For, through the hypothetical-deductive method, an analysis is developed on the reinvigoration of the Theory of Objective Imputation through the proposals of Claus Roxin in his Teleological Functionalism. Taking an approach to the historical background of the subject, it is possible to clarify how the object of objective imputation remained at the center of discussions of Criminal Law. Thus, in spite of being expressed through different currents, he found in Claus Roxin's proposals the reinvigoration that is especially worth the status of a component of objective typicality, necessary for the resolution of the problems arising from the use of a reasoning of cause And effect, which remains present in Brazilian criminal law since the proposals of the classic system. Thus, it is questioned whether the verification of the causal link between the action and the result is enough to be able to affirm the objective typicality of a conduct concluding that the mere verification of the causal relation is not enough to confirm The objective typicality of a behavior, being defended the viability of the complementarity between the Theory of Equivalence of Conditions and the content of the Theory of Objective Imputation, so that in this way the typical-objective status of the behavior can be safely confirmed. Making possible the overcoming of purely naturalistic reasoning has long been present in our system.

Keywords: Teleological Functionalism, Typicality, Objective Imputation Theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	TEORIA DO TIPO: LINHAS GERAIS	12
2.1	Evolução do conceito de tipicidade: a ruptura epistemológica proposta por Beling.....	13
2.2	Sistema clássico.....	15
2.3	Sistema neoclássico	19
2.4	Sistema finalista.....	23
2.5	Sistema funcionalista.....	28
2.5.1	<i>Funcionalismo teleológico</i>	28
3	SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS DA RELAÇÃO CAUSAL	37
3.1	Teoria da equivalência das condições	38
3.2	Teoria da causalidade adequada	46
3.3	Teoria da relevância típica.....	49
4	APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO	52
4.1	Conceito de imputação	52
4.2	Antecedentes históricos e evolução.....	54
4.3	Imputação objetiva na obra de Claus Roxin.....	59
4.3.1	<i>Crítérios de aplicação</i>	60
4.4	Imputação objetiva e o sistema jurídico-penal brasileiro	69
4.4.1	<i>Teoria da equivalência das condições e a teoria da imputação objetiva: uma relação de complementaridade</i>	71
4.4.2	<i>Aplicação no direito penal brasileiro</i>	73
5	CONCLUSÃO	77
6	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

A nova sociedade de riscos, com demandas cada vez mais complexas, não pode transformar o sistema penal em um esmalte de legalidade. A criação, cada vez mais crescente de novos tipos penais, traz soluções céleres, mas não eficazes, caso contrário, não se estaria diante de um sistema penal estagnado, ante o exacerbado crescimento da população carcerária e do progressivo aumento da criminalidade. Medidas que restrinjam o âmbito de imputação criminal e tragam novas alternativas de controle social são urgentes.

O Código Penal data do ano de 1940, e apesar da reforma de 1984, o artigo 13, *caput*, não apresentou mudanças significativas em relação ao tratamento do instituto do nexo causal, de modo que atualmente conserva resquícios de um sistema pautado nas ciências naturais, regidas pela lei de causa e efeito. A redação do supramencionado artigo, adota a teoria da equivalência das condições, que por seu turno, dentre outras falhas, amplia demasiadamente o âmbito da imputação criminal, ao passo que considera como objetivamente típica toda conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. Não obstante o desenvolvimento de outras teorias clássicas da causalidade é preciso ressaltar a insuficiência da adoção de um conceito puro de causa.

Faz-se necessário voltar os olhares ao desenvolvimento da dogmática penal e de seus institutos. É um equívoco, permanecer no exercício de um sistema meramente normativo-formal, que encerra em muitos institutos do Código Penal Brasileiro, a influência ultrapassada de um sistema penal clássico, arraigado no tecnicismo-jurídico.

A Teoria da Imputação Objetiva revela que a mera constatação do nexo de causalidade não é suficiente para a aferição da tipicidade objetiva e com isto, apresenta outros requisitos, tais como a necessidade da prática de um risco juridicamente desaprovado, para que uma conduta possa ser considerada como obra de seu autor, o que por sua vez, reafirma que a intervenção do Direito Penal deve ser a *ultima ratio*. Diante do exposto, a proposta da presente pesquisa, defende a reconstrução da tipicidade objetiva ofertada pelo Sistema Funcionalista Teleológico, com vista a um sistema penal aberto, orientado por desígnios político-criminais, em especial, a tutela subsidiária dos bens jurídicos.

Diante disso, torna-se importante o estudo do tema, de modo que se possa questionar: a verificação do nexo de causalidade entre a ação e o resultado delitivo é suficiente para que se possa afirmar a tipicidade objetiva de uma conduta? Em outras palavras: a Teoria da Equivalência das Condições, adotada pelo Código Penal Brasileiro,

atende as necessidades de verificação da relação de causalidade e da confirmação da tipicidade objetiva?

Atualmente, por meio da redação do art. 13, *caput*, do Código Penal é adotada a Teoria da Equivalência das Condições que intenciona verificar a relação causal entre a ação do autor e o resultado delitivo de modo a confirmar a tipicidade objetiva desse comportamento. Ocorre que tal posicionamento encontra espaço desde as propostas do sistema clássico, estruturado por meio da predominante ideia de causalidade, permanecendo a estrutura da tipicidade objetiva intacta desde então, mesmo com as propostas do sistema hoje adotado, que é o finalismo, por meio do qual foi acrescida a tipicidade subjetiva, referida etapa ainda propicia a constante abertura das problemáticas decorrentes do raciocínio de causa e efeito, que confere à tipicidade objetiva a mera função de subsunção do fato à lei.

Após a concepção da teoria da equivalência das condições, outras teorias da causalidade foram desenvolvidas na intenção de resolver os excessos e equívocos desse raciocínio lógico-formal. Ocorre que com o desenvolver dessas propostas estas teorias fogem cada vez mais de seu objeto que seria, *a priori* a causalidade, e avançam em direção de um terreno de concepção normativa, buscando responder a problemática de quando um resultado pode ser imputado como obra de seu autor. Referido questionamento conduz ao reconhecimento de que a mera constatação da relação causal não é suficiente para confirmar a tipicidade objetiva de uma conduta, desaguando no ressurgimento de uma teoria, antes tida como teoria da ação, mas que é reestruturada e introduzida no campo da tipicidade objetiva, ofertando-lhe por meio de seus pressupostos conteúdo normativo.

Esta é a Teoria da Imputação Objetiva, que permite que a estrutura do tipo objetivo comporte os elementos da ação, nexos causal e resultado (causalidade) ao lado dos critérios normativos correspondentes a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado (imputação objetiva). Assim, com a Teoria da Imputação Objetiva, é ofertado ao tipo objetivo um novo desdobramento capaz de atender às lacunas até então existentes diante da necessidade de superação do raciocínio puramente naturalista há muito presente no sistema penal brasileiro.

Diante disto, tem-se como objetivo norteador analisar a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva no âmbito jurídico-penal brasileiro. Mais especificamente, traçar a estruturação dos elementos do tipo no âmbito da evolução da Teoria Geral do Crime, examinar o desenvolvimento das teorias clássicas da causalidade e por fim analisar a estrutura e a pertinência da aplicabilidade da supramencionada teoria no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

A metodologia utilizada é estudo descritivo, qualitativo, por método analítico hipotético-dedutivo, através de revisão bibliográfica. É descritiva porque faz observação do que já foi estudado sobre o tema. Qualitativa uma vez que interpreta o fenômeno que observa, e na qual as hipóteses são construídas após a observação. É analítico por somente analisar os fenômenos já existentes sem intervenção, constatados, infere-se uma verdade geral não contida nas partes isoladamente examinadas. Serão utilizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional, jurisprudência e legislação específica sobre a temática.

Dessa forma, o primeiro capítulo trata do instituto da tipicidade como elemento estruturante do conceito analítico de crime, a fim de evidenciar as transformações pelas quais tem passado no desenvolver da teoria geral do delito, salientando-se que a depender do momento social em que se encontra, reflete as transformações da metodologia em que se fundamenta. Em linhas gerais, analisar-se-á a construção da teoria do tipo penal desde concepção do sistema causal-naturalista até seu arranjo no âmbito do sistema funcionalista-teleológico.

Em seguida é desenvolvido o tema da relação de causalidade, discriminando os estágios pelos quais transita o instituto, no âmbito das teorias que buscam explicá-lo. Deste modo, são demonstrados os déficits e lacunas destas teorias em virtude da adoção de um conceito puro de causa, demonstrando-se que no desenvolver de suas propostas os estudos da relação causal fogem cada vez mais de sua razão de ser, chegando ao ponto de enunciar pressupostos não da comprovação do liame causal, mas da verificação da possibilidade de imputar-se um resultado como obra de seu autor, relevando como objeto central não o nexo causal, mas a imputação da responsabilização pela prática delitiva.

No último capítulo, é apresentada a Teoria da Imputação Objetiva, seus precedentes históricos, até o seu enquadramento no âmbito da Teoria do Geral Delito. Após o que, são apresentados os seus pressupostos de aplicabilidade, e posteriormente, com o propósito de expor uma visão crítica do atual contexto teórico-abstrato em que se move a dogmática jurídico-penal brasileira, são expostos os problemas decorrentes do pensamento lógico-formal do causalismo-naturalista, ainda remanescente no contexto atual e que constituem um óbice ao desenvolvimento da dogmática penal brasileira. Por fim, defende-se a adoção das propostas do funcionalismo-teleológico, por meio da Teoria da Imputação Objetiva, reafirmando a proteção subsidiária de bens jurídicos como essência de orientação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

2 TEORIA DO TIPO: LINHAS GERAIS

Para compreender o contexto dogmático que alicerça a Teoria da Imputação Objetiva, é necessário observar os deslindes que permeiam o surgimento e evolução da tipicidade, no âmbito da Teoria do Injusto Penal. Destaque-se, inicialmente, o conceito de tipo de injusto, de modo a atender o sistema tripartido de crime, acolhido pela doutrina majoritária, ao passo que compreende os institutos da tipicidade e da antijuridicidade, como elementos diferentes e autônomos, contudo, dentro de uma categoria geral ao lado da culpabilidade. Desta feita, prevalece o entendimento que considera crime a conduta típica, antijurídica e culpável.

Como será visto em momento oportuno, a Teoria da Imputação Objetiva é inserida por Claus Roxin no âmbito do tipo penal, mais precisamente, na tipicidade objetiva. Desta maneira, é de crucial importância traçar os caminhos que hoje, permitem que a tipicidade seja entendida sob vertentes descritivas, subjetivas e valorativas, figurando como substrato essencial, sem o qual não há que se falar em crime, tampouco em Direito Penal, uma vez que o comportamento humano só terá importância para este ramo do Direito, quando for típico e somente com a presença deste substrato, é possível examinar os demais: antijuridicidade e culpabilidade.

É no tipo que está o preâmbulo para que se proceda qualquer alteração no conceito de crime, como bem ressalta Cláudio Brandão, se a tipicidade não cumprir seu papel na dogmática penal, de elemento inaugural da doutrina do crime, a própria teoria do crime resta corrompida e a aplicação do direito penal eivada de contradições.¹ O nascedouro do instituto da tipicidade provocou uma verdadeira revolução no direito penal, de modo que “depois de sua concepção todas as construções sistemáticas do delito partem de seu pressuposto.”²

Passe-se, então, à análise da evolução deste instituto, com vista às transformações pelas quais tem passado, a fim de adequar-se ao contexto e às aspirações de um direito penal, apto a atender as demandas de uma sociedade lastreada por uma criminalidade cada vez mais complexa.

¹BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 24.

²TAVARES, Juarez. **Teorias do delito:** variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 21.

2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE TIPICIDADE: A RUPTURA EPISTEMOLÓGICA PROPOSTA POR BELING

Tributa-se a Ernst von Beling a inserção da tipicidade como elemento estruturante do conceito de crime, até então, tido como ação antijurídica e culpável, e portanto, sem sustentação de conteúdo que lhe ofertasse sentido e alcance. Para que a tipicidade possa ser entendida sob as propostas de Beling, é importante traçar o caminho pelo qual perpassa a própria terminologia que culminou na expressão em apreço.

O vocábulo tipicidade tem origem na expressão alemã *tatbestand*, junção dos substantivos *tat* e *bestand*, que significam, nesta ordem, ato e existência. Este termo é produto da tradução alemã para o conceito de origem latina *corpus delicti*, expressão cunhada no âmbito do processo penal inquisitorial, mas que se aproxima do direito penal quando em 1871 é utilizada no Código Criminal do Império, ao tratar do instituto do erro, para designar, “situação de fato”, correspondente ao fato existente no mundo, contudo, previsto no âmbito de prescrições legais.³

Somente no início do século XX, em 1906, é que Ernst von Beling oferta ao termo *tatbestand* o sentido que hoje se entende por tipicidade, concebida como o primeiro elemento estrutural do conceito analítico do delito, tendo esta, o caráter objetivo e descritivo, próprio do método das ciências naturais que predominava na época. Cumpre, pois, destacar que apesar de ser tida como primeiro substrato do crime e base para os demais, a tipicidade surge em momento cronológico posterior à concepção da antijuridicidade e da culpabilidade.

Em relação à mudança de paradigma proposta por Beling, observe-se que atento ao cenário dogmático que o circundava, afirmou que do modo como era concebido, o termo *tatbestand* era inútil, uma vez que era entendido como a própria ideia de crime, “considerado apenas como expressão legal do crime, não se vinculando como um elemento necessário ao seu conceito”.⁴ Realidade que pode ser observada em considerações de juristas como Feuerbach, Stübel, Adolf Merkel e Karl Binding.

Para Feuerbach o *tatbestand* correspondia ao próprio crime, definindo-o como “o conjunto das características de uma ação [...] contidas no conceito de uma determinada classe de ações antijurídicas”.⁵ Para Stübel, o termo em apreço correspondia ao conjunto de todo

³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 41-44.

⁴ Idem, p. 80.

⁵ FEUERBACH, Anselm von. 1989, p. 97, *apud*, BRANDÃO, Cláudio, Idem, p. 72.

conteúdo interno e externo do delito. Em Merkel, o crime é conceituado como o injusto culpável, afirmando que a “culpabilidade é o agir ou não agir antijurídico de uma pessoa”.⁶ O que não diverge nas considerações de Binding, para quem a antijuridicidade é verificada em função da norma, porquanto, o *tatbestand* em função da lei, e afirma que a lei penal é constituída pela conceituação do delito que corresponde, portanto, ao *tatbestand*.

Como bem destaca Juarez Tavares: “Beling superou o conceito tradicional na época e apresentou o *Tatbestand* como sendo um elemento legal do delito, ao lado da antijuridicidade e da culpabilidade, dotado exclusivamente da função de descrever a conduta a ser punida.”⁷ Com isso, Beling oferta à estrutura do crime um elemento basilar, capaz de alicerçar toda a dogmática jurídico-penal que até então tinha sido desenvolvida, todavia, com uma lacuna que restou preenchida pelo instituto.

Não é possível tratar da tipicidade sem fazer menção ao desenvolvimento do próprio conceito analítico de crime. Ainda no século XVIII, no bojo das idéias do pensamento liberal do período iluminista, tem-se a época em que se procede à primeira tentativa de sistematização do Direito Penal. Essa fase foi traçada inicialmente, pelo racionalismo jusnaturalista liberal, de onde Feuerbach apresenta o princípio da legalidade, como forma de limitação do *jus puniendi* e de onde emana o direito positivo.

Contudo, foi no auge do positivismo, que o direito sofreu profundas mudanças, fruto da necessidade de se afirmar como ciência, uma vez que era detentor de atributos de caráter científico como as leis da divindade. O método científico da época tinha por objeto conteúdo estável, diferentemente do que ocorria, no âmbito do direito penal. Em 1847, Von Kirchmann, fez o alerta à comunidade jurídica da época, proferindo, sobretudo, o seguinte argumento: “[...] três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em papel descartável”.⁸

O direito precisava se reafirmar como ciência, para tanto, necessitava de um objeto estável. Surgem, então, duas correntes: na Itália, o positivismo criminológico, que tem por objeto o sujeito delitivo, de onde surge a figura do "criminoso nato", e na Alemanha, o positivismo jurídico, em que a norma permanece como centro de estudo, mas o delito é tido como objeto estável, sendo desenvolvidos os substratos necessários à sua verificação por meio

⁶ MERKEL, Adolf. 1996, p. 70, *apud*, BRANDÃO, Cláudio, **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 75.

⁷ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito:** variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 22.

⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro:** parte geral, princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

de uma estrutura sistêmica e analítica, que emana precipuamente da reestruturação da dogmática penal, caminho teórico-abstrato de construção do direito penal.

Feitas estas considerações, analisar-se-á, o desenvolvimento da tipicidade como elemento integrante do conceito de crime e, como tal, que transita pelas transformações regidas pelos influxos do contexto filosófico e metodológico que o baseia. Parte-se, inicialmente, do sistema penal clássico – causal naturalista – pautado na simplicidade lógico-formal das leis regidas pela sistemática de causa e efeito do positivismo naturalista.

2.2 SISTEMA CLÁSSICO

O sistema causal-naturalista, também chamado de sistema penal clássico, é marcado pelo pensamento de Franz von Liszt e de Ernst von Beling, que apresentam a estrutura sistêmica do crime como hoje é conhecida: ação típica, antijurídica e culpável, um substantivo, qualificado por seus atributos.⁹ Muitas são as contribuições deste sistema para o estudo da dogmática penal, desde incluir a tipicidade como um dos substratos essenciais à análise do fenômeno delitivo, até estruturar os elementos do delito, ofertando mais segurança quando de seu estudo e aplicação, de modo a restringir as arbitrariedades decorrentes do *jus puniendi*.

Este sistema se consolidou de maneira paulatina sob o influxo do positivismo e dos ideais das ciências naturais, tidas como mais sustentáveis em virtude do grau de certeza e clareza que lhes eram próprios. Diante das críticas lançadas sobre o caráter acientífico do direito, surgem propostas de juristas com o intuito de sustentar a força deste, como um ramo científico.

Nesse contexto, destacam-se as propostas de Rudolf von Ihering que apregoa a construção da dogmática no âmbito do direito privado, apresentando conceitos como o de contrariedade ao direito, de onde surge a antijuridicidade objetiva. Franz von Liszt, atento às contribuições de Ihering, defende a elaboração da ciência penal conjunta, um organismo formado por três frações heterogêneas, com vista ao estudo do fenômeno delitivo: a dogmática penal, a criminologia e a política criminal. Ao propor a estrutura da ciência penal conjunta, Liszt apresenta a reformulação da dogmática penal, voltada ao estudo jurídico do delito e a concebe como um conjunto formado pelos elementos de ação, antijuridicidade e

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 76; TAVARES, Juarez. **Teorias do delito:** variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 17.

culpabilidade, concentrando nestes institutos todos os elementos que antes, encontravam-se dispersos na generalidade dos pressupostos de punibilidade.

A estrutura da dogmática proposta por Franz von Liszt se sustenta no conceito de causalidade, entendido sob a égide da filosofia naturalista e pautado em realidades empíricas mensuráveis. Liszt apresenta a Teoria Causalista da Ação, orientando todo o seu sistema sob os pressupostos de um raciocínio simplista, regido pela relação de causa e efeito. Caminhando assim, na busca de explicar o fenômeno produtor do resultado delitivo, mas não em compreendê-lo, de modo que fundamenta os elementos do delito no puro fenômeno da causação, o crime que se revela no mundo exterior simplesmente existe como um produto, o efeito de uma causa.

Desenvolvendo um raciocínio típico das ciências naturais, percebe-se que de acordo com a lei física, ao atingir cem graus centígrados, em condições ideais a água entra em estado de ebulição, o que conduz a conclusão de que este estado da água é efeito de sua temperatura, tida aqui, como causa.¹⁰ Assim, para Liszt, a conduta corresponde à temperatura, porquanto a ebulição da água representa o resultado delitivo.

Deste modo, a ação é entendida de maneira objetiva, livre de conteúdo valorativo, conceituada como um movimento mecânico, traduzido no impulso que quebra a inércia do comportamento humano e provoca um resultado perceptível pelos sentidos no mundo exterior. Pautada na simplicidade lógico-formal deste pensamento, a conduta humana comporta a vontade, entendida como voluntariedade, todavia, somente no sentido de constatar a ausência de coação física absoluta, portanto, sem análise de conteúdo psicológico do agente.

Outra característica marcante deste pensamento, é que Liszt propõe a divisão entre os elementos externos e internos do delito, deste modo, todos os elementos objetivos do delito derivam do conceito de causalidade e o todo subjetivo pertence à culpabilidade. Liszt parte de um conceito puramente psicológico da culpabilidade, assim, o mero nexó psicológico, era suficiente para permitir uma responsabilização penal baseada na modificação da natureza como reflexo causal da transformação do mundo exterior. O dolo e a culpa são tidos como espécies da culpabilidade representando o conteúdo interno do agente e a imputabilidade representa um pressuposto deste elemento.

Deste modo, Von Liszt apresenta a teoria do crime, estruturada como a ação antijurídica pautada na causalidade e que compreende os aspectos objetivos do delito, ao lado da culpabilidade, detentora de todo conteúdo subjetivo. No início do século XX, mais

¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 24-25.

precisamente em 1906, Ernst von Beling, faz o alerta de que falta à teoria apresentada, um elemento primordial para a estruturação do injusto. Atento às considerações de Feuerbach, acerca do princípio da legalidade, Beling, por meio de sua obra “*Die Lehre vom Verbrechen*” (A Teoria do Crime), defende a inserção da tipicidade entre os institutos da ação e da antijuridicidade.¹¹

Assim, a tipicidade passa a integrar a parte objetiva da estrutura do conceito do crime e resta compreendida, sob a mesma simplicidade que os demais substratos, correspondendo, por sua vez, à mera descrição objetiva do delito, pautada na dicotomia observação e descrição, livre, portanto, de qualquer conteúdo valorativo.

Para Beling, a ação é a modificação no mundo exterior que deve ser subsumida na tipicidade que, por sua vez, corresponde à mera letra da lei. Deste modo, ele afirma ser a ação “um fantasma sem sangue”¹² e considera que a sua função primária importa em afastar o interesse jurídico-penal de toda conduta que não revista relação de causa e efeito entre a vontade (entendida como voluntariedade) e a ocorrência de um resultado delitivo no mundo exterior, em outras palavras, cumpre a ela afastar todo comportamento que se manifesta por meio de coação física absoluta, movimentos reflexos de curto-circuito, estados de inconsciência, entre outros, que resultam numa modificação do mundo exterior, mas que não seja fruto da quebra da inércia do comportamento provocado pelo impulso consciente do agente.

Beling propõe a tipicidade dando-lhe conteúdo descritivo e, assim, anterior aos demais substratos do crime. Deste modo, somente aquelas condutas descritas no tipo, serão detentoras de relevância jurídico-penal, havendo a operação de subsunção do fato à previsão legal, aí então, é que se procede à análise da incidência da antijuridicidade. Assim, ele afirma que “enquanto não houver sido comprovada a tipicidade, toda discussão posterior estará suspensa no ar.”¹³

Em síntese, pautado no pensamento naturalista, tem-se um conceito de crime sistêmico e estruturado gradualmente sobre os elementos da ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Ação produtora de um resultado empiricamente constatável pelos sentidos. Tipicidade e antijuridicidade compreendidas sob vertentes objetivas, que comportam todo o conteúdo externo do delito, a primeira, descrevendo o fenômeno da ação juridicamente

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 277.

¹² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 82.

¹³ BELING, Ernst von. 1964, p. 77, *apud*, BRANDÃO, Cláudio. Idem, p. 86.

relevante para o direito penal e a segunda enunciando o juízo de incompatibilidade com as proibições ou permissões positivadas em lei. Por último, cabe à culpabilidade, comportar todo juízo de reprovação subjetiva do agente, por meio da relação psicológica contida no dolo e na culpa, bem como, a idoneidade de compreensão sobre o ato praticado.

Ainda hoje, é possível constatar a permanência dessa estrutura sistêmica do conceito de crime, tanto em decorrência da força do pensamento causalista, como em virtude do triunfo do positivismo. Contudo, muitas críticas foram lançadas sobre este sistema, e apesar de ser mantida a estrutura baseada nos substratos apresentados, o conteúdo de cada um deles sofreu profundas modificações, dentre as quais, se pode observar, sobremaneira, as modificações pelas quais transita até os dias atuais, o instituto da tipicidade.

Como ressalta Juarez Tavares, “o valor da teoria, porém, não pode ser exagerado, pois, ao despojar a subjetividade da ação, faz com que, em última análise, a conduta humana se reduza a termos estritamente mecânicos, o que evidentemente não corresponde à realidade das coisas.”¹⁴ Muitas críticas foram lançadas contra o sistema penal clássico, dentre elas o equívoco em adotar um método puramente matemático, regido pela simplicidade da lógica de causa e efeito; o caráter livre de valoração, insustentável diante da carga axiológica presente em cada substrato do delito; a necessidade em reconhecer que o direito penal é uma ciência cultural e como tal, deve estar em sincronia com o fenômeno social de que trata, devendo estar pautado na causalidade valorativa e não matemática, bem como o equívoco de “fazer depender o injusto da causalidade”¹⁵ e com isto, gerar um extenso âmbito de responsabilidade objetiva, descabida no âmbito penal.

Resta evidente que as propostas apresentadas por Beling romperam completamente com o modelo metodológico anterior. Ele afirma “que somente é punível a ação tipicamente antijurídica e culpável”¹⁶ e assim oferta à tipicidade uma função elementar, descritiva e abstrata no âmbito da teoria do delito, ocorre que as críticas feitas ao seu modelo foram tantas, sobretudo às formuladas por Binding, que conduziram-no a reformular sua doutrina da tipicidade. Beling reconhece que desde a formulação, suas propostas foram objeto de densa investigação, de modo que se propôs a rever sua primeira obra “*Die Lehre vom*

¹⁴ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 20.

¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

¹⁶ BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 74.

Verbrechen” (A Teoria do Crime) e constatar nela, pontos deficientes, principalmente, no que diz respeito aos elementos subjetivos e normativos da tipicidade.¹⁷

Diante das críticas ofertadas contra a teoria de Beling, a tipicidade quase foi esquecida, restando distanciado todo o avanço que representava. Contudo, em 1915, por meio de seu tratado, Max Ernst Mayer, desenvolveu uma reformulação do antigo pensamento de Beling, e apresentou a concepção de que a função da tipicidade não compreendia tão somente o fenômeno descritivo-objetivo, mas representava, quando de sua constatação, um indício da antijuridicidade, incluindo assim, elementos de cunho normativo já no âmbito da tipicidade, razão pela qual apresenta sua teoria no campo do sistema neoclássico, objeto de análise do próximo tópico. Destaque-se, desde já, que foi Mayer o responsável pelo revigoramento da tipicidade dentro da teoria geral do delito.

Cumprido destacar que em 1930 por meio da obra *Die Lehre vom Tatbestand* (A Teoria do Tipo), Beling propõe uma nova concepção, e defende uma bifurcação no instituto da tipicidade, de modo que apresenta a ideia de tipo de delito (*Deliktypus*) e figura reitora (*Tatbestand* ou *Leitbild*). Tipo de delito (*Deliktypus*) corresponde aos aspectos internos e externos de cada figura legal, ou seja, consubstancia-se em todas as características de cada crime previsto na parte especial, e tem caráter meramente descritivo, despojado de juízos valorativos, que somente estarão presentes no campo da antijuridicidade. A figura reitora (*Tatbestand* ou *Leitbild*), por sua vez, não está alojada nem na parte interna, nem externa do delito, ou seja, corresponderia ao processo de adequação e compatibilidade entre o resultado correspondente ao caso concreto e a previsão legal (*Deliktypus*).

Como, foi visto, estas propostas de Beling são cronologicamente posteriores ao surgimento do sistema causal-valorativo que se contrapõe ao sistema clássico de delito. Deste modo, analisar-se-á este modelo e como o tipo, reformulado, principalmente, sob as contribuições de Max Ernst Mayer e Edmund Mezger encontra espaço na nova concepção da teoria do crime.

2.3 SISTEMA NEOCLÁSSICO

O sistema neoclássico buscou aproximar a teoria do delito das ciências do dever ser com um pensamento diferente do sistema clássico, puramente causal, que se baseava no

¹⁷ BELING, Ernst von. 1944, p. 3, *apud*, BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 88.

ser. As propostas desse sistema almejam extrair de cada categoria do delito o significado do dever ser. Muda-se o referencial.

O modelo neoclássico reestrutura os substratos do delito, mesclando-lhes caráter objetivo e subjetivo e inserindo-lhes conteúdo valorativo, o que no pensamento anterior não era cabível em virtude da simplicidade lógico-formal do método adotado. É descoberta a incidência de conteúdo subjetivo no injusto, quebrando a concepção anterior de que ele corresponderia, tão somente, à parcela objetiva e externa do delito. O delito permanece composto pelos substratos da ação típica, antijurídica e culpável, não sendo retirados ou acrescentados novos elementos à sua estrutura, todavia, cada um deles passa por uma regeneração, de modo a desnaturar os pressupostos do sistema anterior.

A ação passa a ser entendida sob a influência da filosofia neokantiana, pautada no dever ser, de maneira a interpretar o direito como uma realidade social e, como tal, que necessita de juízos de valor para a compreensão de seu significado, que está além do plano puramente causal e passa a ter significado normativo, compreendendo o comportamento humano voluntário, agora, detentor de lesividade, não mais constituindo mero processo causal. O que permite explicar os delitos omissivos como a quebra de um dever de agir.

À tipicidade, são introduzidos elementos subjetivos e normativos, de modo que o instituto deixa de ser meramente objetivo-descritivo. A antijuridicidade passa a ser compreendida sob uma perspectiva material, ao passo que lhe interessa, agora, a danosidade social da conduta típica. Por último, à culpabilidade é introduzido conteúdo normativo, deixando de ser tão somente subjetiva, assim, além da perspectiva psicológica, passa a tratar do viés normativo, pautado no juízo de reprovabilidade do sujeito ativo pela manifestação de vontade contrária ao direito.

A mais importante contribuição deste sistema no que diz respeito à tipicidade, foi a “descoberta dos elementos normativos, levada a cabo por Mayer, Mezger e Grünhut e a teoria dos elementos subjetivos do injusto, enunciada no âmbito da teoria teleológica do delito proposta por Hegler e Sauer e desenvolvida por Mezger [...]”¹⁸ motivo pelo qual foi quase que totalmente superada a definição puramente objetiva do tipo de Beling.

Para Mayer “o verdadeiro sentido da tipicidade somente pode ser entendido a luz da ação.”¹⁹ Diferente da concepção de Beling, Mayer propõe a inserção da ação no âmbito da tipicidade, assim, a ação deixa de ser um “fantasma sem sangue”, de caráter meramente

¹⁸ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 38.

¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 91.

negativo, para, agora, tornar presentes no campo do tipo penal os institutos da relação causal, do resultado, dos sujeitos e objetos do delito. Esse é o primeiro passo no sentido de formular o que hoje se entende por tipicidade objetiva.

Talvez a grande contribuição desta doutrina tenha sido defender que o conteúdo valorativo não pode ser mutilado do tipo penal. Desde o momento em que o legislador cria o modelo abstrato de conduta convertendo-o em crime, já se procede com a formulação de juízos de valor. Do mesmo modo, existem elementos normativos no tipo penal que exigem que o magistrado, ao proceder à análise do caso concreto, desenvolva, igualmente, valorações, o que é extremamente necessário até mesmo para discriminar a prática delitativa que tenha efetivamente ocorrido.²⁰ Tome-se como exemplo a expressão “coisa alheia” que incide sobre as infrações de furto, roubo, dano, apropriação indébita e estelionato.

A inserção de conteúdo subjetivo no tipo se deu por meio do reconhecimento de elementos anímicos do autor do fato, deste modo, no caso do delito de furto é imprescindível verificar se no momento do *modus operandi* o agente era detentor do animus de apropriação²¹ em relação ao objeto subtraído. Note-se que o sujeito que por desatenção subtrai objeto de outrem, acreditando que este lhe pertence, não pratica o injusto de furto, apesar de efetivamente realizar a conduta descrita no tipo penal, subtraindo para si coisa alheia, no caso em apreço, lhe falta o animus de apropriação de um bem pertencente a outrem. Esta operação só é possível por meio do juízo de valoração presente no elemento anímico do agente.

Isso faz com que Mayer, em 1915, firme o raciocínio de que os elementos normativos do tipo, como se verifica no caso do crime de furto na expressão “coisa alheia” manifestem já na tipicidade indícios do conteúdo antijurídico, de modo que tais elementos normativos têm um gancho na tipicidade e outro na antijuridicidade, em virtude do que são detentores de um duplo caráter, constituindo elementos da tipicidade, mas às vezes, autênticos elementos da antijuridicidade²². Deste modo, Mayer propõe, do ponto de vista material, a existência de uma relação iniciaria entre a tipicidade e a antijuridicidade, de modo a afirmar que elas se comportam como “fumaça e fogo.”²³

Seguindo esta linha de pensamento o primeiro passo é verificar a subsunção entre a conduta e a descrição típica, após o que, restando verificada a tipicidade, deve-se proceder

²⁰ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 38-39.

²¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 198.

²² MAYER, Max Ernst. **Derecho penal. Parte general**. Buenos Aires: BdeF. 2007, p. 228.

²³ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 92; MAYER, Max Ernst. Idem, p. 12.

com análise da contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico por meio da antijuridicidade, que desde o primeiro instante, quando da constatação da adequação entre a ação e o tipo já manifesta indícios de sua presença. Assim, é possível afirmar que uma vez manifesta no mundo exterior uma conduta que encontre adequação no preceito proibitivo que constitui o tipo, há grande probabilidade de que esta mesma conduta permaneça contrária ao ordenamento jurídico. Destaque-se que constatação da tipicidade representa a mais significativa base para o diagnóstico de antijuridicidade, por representar o caminho pelo qual é possível chegar até ela.²⁴ Esta relação entre os institutos revela a presença de elementos normativos do tipo que ofertam sustentação à antijuridicidade da ação típica. Assim, nas palavras de Cláudio Brandão:

Os elementos normativos do tipo fazem prova de que o tipo não é isento de juízo de valor, como queria Beling, e conduzem ao entendimento de que a tipicidade, por ser portadora de uma valoração inicial, conduz a antijuridicidade, sendo o meio através do qual ela pode ser conhecida, sua *ratio cognoscendi*.²⁵

Em 1931, por meio de seu Tratado de Direito Penal, Edmund Mezger, propõe uma consideração bastante distinta da proposta por Mayer, afirmando que na realidade tipicidade e antijuridicidade não guardam uma relação indiciária, mas de essência. Afirma, pois, que o desvalor da antijuridicidade encontra lugar no âmbito do tipo, desvalor que consubstancia a essência e não mero indício. Assim, Mezger defende a presença de apenas dois substratos do delito, a ação tipicamente antijurídica e a culpabilidade.²⁶ Logo, para ele o crime é resumidamente, o injusto culpável.

Ao afirmar que o desvalor da antijuridicidade reside desde já no tipo penal entendido sob o aspecto descritivo, pretende Mezger afirmar a relevância da conduta tipificada, descrita em lei uma vez que para tal, é exigível que o bem jurídico protegido pelo ordenamento penal tenha sido lesionado ou posto em perigo, fato que revela a essência do desvalor normativo (antijurídico) deste comportamento, tendo em vista sua relevância jurídico-penal.

A discussão em torno dos posicionamentos de Mayer e Mezger no que diz respeito à relação existente entre tipo e antijuridicidade ganha lugar até hoje no campo

²⁴ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF. 2007, p. 11.

²⁵ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 64.

²⁶ Idem. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 94.

doutrinário, todavia, apesar da ausência de senso comum a esse respeito, ganha destaque a consideração de Mayer, na defesa da relação indiciária.

Foi visto até o momento diversos contornos pelos quais transita o instituto do tipo penal, cumpre, pois, destacar que se deve a Mayer a concepção da tipicidade em seu aspecto objetivo como hoje é conhecido, bem como o fato de que compreende este instituto o estudo da ação, do nexa causal e do resultado delitivo. Assim, como será visto mais detalhadamente no próximo capítulo, Mezger e Mayer desenvolvem a Teoria da Relevância Típica a fim de explicar a manifestação do nexa causal, corrigindo as teorias anteriores a fim de constatar a relevância da conduta no sentido do tipo penal para que deste modo se possa verificar a responsabilidade penal do sujeito ativo de maneira mais segura.

Ressalte-se, que apesar das importantes contribuições do modelo penal neokantista, este não se manteve alheio a críticas, sobretudo, em relação à imprecisão dos valores de referência, que conduziu a um estado de relativismo axiológico, uma vez que o interprete, ao realizar juízos de valor, incorpora sua própria percepção subjetiva, em virtude do que, modifica o objeto sob análise.²⁷ Observe-se então, o sistema proposto por Hans Welzel que se opôs a esse raciocínio.

2.4 SISTEMA FINALISTA

O Sistema Penal Finalista é, sem dúvida, um dos sistemas que mais teve expressão na dogmática, de modo que desde seu apogeu é majoritariamente adotado no contexto jurídico-penal brasileiro. Após o modelo neoclássico, o direito penal passa por uma fase de orientação totalitária, e a segurança esperada como produto da posituação legal orientadora do *jus puniendi* é transfigurada em um cenário de coerção irracionalista. O pensamento finalista surge, no contexto pós-guerra de modo a contrapor-se às violações de direitos desenvolvidas com fundamento no ordenamento jurídico positivado.

Neste sentido, Claus Roxin destaca as palavras de seu aluno Sérgio Moccia afirmando que o sistema finalista é detentor do mérito de ter “numa época em que imperava um terrível positivismo jurídico, correspondente à onipotência do Estado nazista”, favorecido a “busca de princípios e valores que devem ser independentes da vontade estatal e que têm de

²⁷ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 140.

fazer-lhe oposição”, e afirma que talvez, não seja outro o motivo de ter o finalismo ganho tantos defensores até na atualidade, inclusive no Brasil.²⁸

Como é possível observar, o contexto histórico-social em que surge o sistema finalista é de extrema importância para o seu acolhimento, uma vez que na época eram questionados tanto o poder da lei como daquele que a criasse e aplicasse. Neste período, era possível afirmar que toda lei era direito, o que justificava a urgência em colocar limites ao legislador.²⁹ Com vista à superação desse cenário e dos contrassensos do neokantismo, em 1930, Welzel defende a construção de seu sistema penal, e toma por base o pensamento ontológico que parte da natureza do ser e enaltece a existência de conceitos pré-jurídicos, portanto, anteriores ao próprio direito.

Assim, enquanto o ponto de apoio do neokantismo era o conteúdo axiológico, para o ontologismo welzeliano o mundo é detentor de várias ordens, em razão do que, o legislador está vinculado por meio das estruturas lógicas com a realidade, e ao ignorar referidas estruturas, o direito perde sua eficácia.³⁰

Um dos conceitos pré-jurídicos mais importantes de que trata Welzel, é o conceito de ação, descrevendo que diante de toda a evolução alcançada pelo homem, ele é detentor da capacidade de visualizar o resultado de sua conduta antes de praticá-la, de modo a orientá-la com a finalidade de concretizar o seu intento. Deste modo, o legislador precisa respeitar a essência da ação que no entender de Welzel, consiste na vontade orientada pela finalidade presente no comportamento humano voluntário. Assim, o ser da ação, sob uma perspectiva pré-jurídica, é a vontade diretora da conduta. “As estruturas lógico-objetivas são constituídas de percepções ontológicas prévias e axiológicas, enquanto valores. Essas estruturas existem de modo prévio e não podem ser modificadas pelo Direito, sendo também observadas pelo legislador.”³¹

Por meio do ponto de partida de seu sistema, Welzel desperta um raciocínio próprio do pensamento jusnaturalista o que leva Engisch a afirmar que se tratava de um direito natural em sentido negativo uma vez que não pretendia dizer como devia ser o direito, mas somente aquilo que não poderia sê-lo.³²

No modelo anterior o legislador era detentor do poder discricionário de criar a conduta portadora da proibição ou permissão do preceito legal, descrevendo-a por meio do

²⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 91.

³⁰ Idem, p. 90.

³¹ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: BdeF. 2007, p. 29-30.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul. Idem, loc. cit.

tipo legal. Este pensamento é incompatível com as propostas de Welzel, uma vez que para ele, a descrição legal da conduta contida no tipo tem como essência a capacidade do homem de prever, dentro do possível, os resultados de seu comportamento e assim dirigi-lo no intuito de obter o resultado almejado. Assim ele afirma que “[...] a espinha dorsal da ação finalista é a vontade consciente do fim, reitora do acontecer causal. [...] sem ela, ficaria destruída a ação e sua estrutura seria rebaixada a um processo causal cego.”³³

Ao tratar da descoberta dos elementos anímico-subjetivos no âmbito do injusto penal, operada pelo sistema causal-valorativo, Welzel afirma que apesar da quebra com a concepção naturalista anterior, detentora de caráter meramente objetivo do injusto, o argumento neokantiano falha ao considerar que a incidência desses elementos subjetivos no injusto constituiria tão somente uma exceção à regra.³⁴

Isto posto, o grande giro da doutrina de Welzel é além de fixar a ação final como elemento fundante dos substratos do delito, transportar o dolo e a culpa para o campo da tipicidade, considerando que estes elementos estavam mal situados no âmbito da culpabilidade, uma vez que ambos constituem qualidades da ação humana. “Só assim é possível inserir, no tipo, com sentido e sem dificuldade, os elementos subjetivos do injusto.”³⁵ Deste modo, o tipo penal passa ser detentor de duas categorias, uma tipicidade objetiva, portadora de conteúdo descritivo da ação proibida compreendendo as características inerentes à discriminação do crime e de conteúdo normativo, e por outro lado, uma tipicidade subjetiva, onde se situa os institutos do dolo, da culpa e os elementos especiais anímicos do autor.

Welzel afirma que quando a sujeito desenvolve uma conduta típica, esta já se configura como dolosa ou culposa na própria descrição legal, ou seja, o elemento anímico do autor já faz parte de sua ação, logo o tipo penal já é caracteristicamente doloso ou culposos.

Em síntese, o sistema finalista proposto por Welzel se estrutura da seguinte maneira: a ação corresponde a um elemento basilar da estrutura do conceito de crime, de modo a compreender a natureza ontológica da qual se reveste: a vontade finalística, por meio da qual o homem orienta o curso do acontecer causal, prevendo, dentro do possível, as consequências e resultados de seus atos. Constitui, a ação, uma conduta consciente, dirigida à obtenção do propósito almejado.

³³ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução: PRADO, Luiz Regis. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

³⁴ Idem, p. 84.

³⁵ Idem, p. 86.

O tipo penal corresponde à ação tipificada, de maneira equivalente à matéria de proibição³⁶ e desdobra-se em tipicidade objetiva e subjetiva, a primeira, corresponde à realização da conduta proibida em lei, decorrente da vontade final realizada no mundo exterior e a segunda compreende o dolo e a culpa. Destaque-se, agora, a existência de delitos dolosos e culposos. O tipo de injusto doloso pode exigir tanto a incidência de elementos subjetivos gerais, identificado por Welzel como a intenção de realização dos elementos objetivos do tipo, e elementos subjetivos especiais, ou seja, o *animus* do agente, como no exemplo do delito de apropriação indébita que consiste na intenção de apropriação definitiva do bem (*animus rem sibi habendi*).

Em relação ao tipo de injusto culposos, este contém uma “característica normativa aberta: o desatendimento ao cuidado objetivo exigível do autor.”³⁷ Assim, seu fundamento reside na realização do tipo objetivo em virtude da quebra do dever objetivo de cuidado, uma vez que o desvalor da conduta realizada encontra fundamento na má escolha dos meios empregados para a consecução dos fins almejados pelo autor, embora, estes sejam por vezes lícitos, mas que se perfazem em um resultado típico, não querido, o que representa claramente, um desvalor do resultado. Característica, que atrairá fortes críticas, uma vez que vai de encontro ao conteúdo da vontade final da realização típica, espinha dorsal deste sistema.

A tipicidade constitui a realização concreta dos elementos do tipo, por sua vez, a antijuridicidade, importa na contrariedade da conduta típica, com todo o ordenamento jurídico. Assim, havendo norma justificante, resta descaracterizada a ilicitude. Por último, a culpabilidade, revela um juízo de desvalor sobre o autor do fato e é normatizada, uma vez retirados os elementos internos do delito, correspondentes ao conteúdo subjetivo transferido para o tipo. Deste modo, a teoria orientadora deste substrato é a teoria normativa pura, compreendendo os institutos da imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e por fim, potencial consciência da antijuridicidade.

Não se pode deixar de mencionar a proposta de Welzel que data do ano de 1939 orientada pela intenção de afastar a tipicidade de condutas que se encontrassem no âmbito de conformidade social. Assim, por meio da Teoria da Adequação Social, entendida como um princípio norteador que encontra espaço no ordenamento como um todo, Welzel pretende afirmar que as ações socialmente adequadas não são portadoras de adequação típica, uma vez que o tipo descreve condutas que sejam merecedoras da sanção penal por estarem em

³⁶ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 64.

³⁷ Idem, p. 68.

desconformidade com os limites da ordem social. Assim, dentro do âmbito do tipo, a teoria da adequação social representa para Welzel um estado de liberdade social, afastando as condutas que correspondam às exigências sociais, ainda que sejam compatíveis com a descrição legal contida no tipo.³⁸

Cumpra ainda destacar, que o pensamento de Welzel comporta uma concepção de injusto pessoal, que “transporta o conteúdo do ilícito penal da lesão objetiva a bens jurídicos para o desvalor pessoal da ação, corolário de um substrato de dever jurídico, imposto aos membros da sociedade pelas normas jurídicas”³⁹, concepção que encontra dificuldade em compatibilizar-se com o delito culposo. O sistema proposto por Welzel encontrará fortes críticas, encabeçadas, sobretudo, por Claus Roxin, que procederá com uma nova formulação do conteúdo dos substratos do delito, propondo um novo sistema penal fundado no pensamento funcionalista teleológico.

Claus Roxin desenvolve críticas ao sistema welzeliano, mas não deixa de ressaltar os méritos de suas propostas. Assim, afirma que a consideração de dados empíricos quando da análise do fenômeno delitivo revela sensatez, bem como a importância da descoberta do desvalor da ação humana como elemento pertencente ao injusto que outrora já fora considerado puramente objetivo, fato que afirma representar um avanço inquestionável para os delineamentos da responsabilidade penal.

Assim, Roxin descreve que o pensamento finalista procedeu de maneira correta ao tratar a importância da orientação da finalidade do agente para a definição do injusto, tendo ofertado uma análise mais apurada dos tipos penais ao estabelecer de sua previsão dolosa ou culposa, bem como o fato de que afirmar que analisar o fenômeno tentativa seria inviável se não fosse levado em consideração o *animus* do agente. Estas são apenas algumas das considerações de Roxin a respeito das contribuições do sistema finalista, contudo, ele deixa claro: “a virada do finalismo para dados ontológicos levou a desenvolvimentos em parte corretos, em parte errôneos – juízo que corresponde à opinião dominante.”⁴⁰

³⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 102.

³⁹ TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 71.

⁴⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61.

2.5 SISTEMA FUNCIONALISTA

Para tratar do sistema que se levantou contra as propostas do finalismo, é preciso, a priori, expor o que pretende significar a própria terminologia que o intitula, esclarecendo-se desde logo, que este não compreende uma concepção unívoca, pelo contrário, são várias as linhas de pensamento que divergem quanto aos posicionamentos adotados, todavia, ambos concordam no ponto central que intitula a corrente, o Direito Penal, deve atender a uma função e só então, por meio dela, pode ser considerado eficaz e aplicável.

Assim, é afastada a formação de um sistema penal vinculado a realidades ontológicas prévias como a ação e a causalidade, reconhecendo-se que o sistema deve guiar-se tão somente pelas finalidades do direito penal.⁴¹ Quanto à essência dessa função, cada corrente a desenvolve de maneira distinta, mas, ambas defendem a manutenção dos substratos do delito propostos pelo finalismo, contudo, interpretando-os a sua maneira.

“As correntes funcionalistas em matéria penal originam-se em uma aproximação às ciências sociais [...] o que proporcionou uma mudança de perspectiva que implica no abandono total ou parcial de referências ontológicas ou naturalistas, que são substituídas por critérios normativos construídos com a ajuda das ciências sociais.”⁴²

São três as principais linhas de pensamento desse sistema, o funcionalismo teleológico da Escola de Munique, o funcionalismo formalizador da Escola de Frankfurt e o funcionalismo radical encabeçado pela Escola de Bonn. Diante disto, faz-se necessário um recorte de objeto, em virtude do que, se procederá com a análise do sistema que mais ganhou expressão na doutrina, e que ofertou o arcabouço necessário para que os demais fossem desenvolvidos, o funcionalismo teleológico da Escola de Munique, mais especificamente, a corrente desenvolvida por Claus Roxin.

2.5.1 FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO

Foi em 1970, por meio da obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal – Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* – que Claus Roxin deu início à concepção funcionalista do delito. Como se pode observar, por meio da própria nomenclatura de sua obra, Roxin propõe que a finalidade do Direito Penal, ou seja, sua função, guarde relação com os

⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*.

Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 203.

⁴² FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142.

princípios gerais da Política Criminal. “Recorre-se a uma orientação político criminal que normativiza todo o sistema, em outras palavras, [...] estes princípios devem reger todos os momentos sistemáticos, permitindo uma aproximação constante com a realidade.”⁴³

Roxin defende a necessidade de que haja um diálogo entre a dogmática penal e a política criminal, de modo a questionar a real função da primeira, assim, por meio de uma interpretação teleológica, oferta maior relevância a princípios como os da fragmentariedade, da intervenção mínima, entre outros. Para ele, somente quando é estabelecida uma relação entre estes ramos o Direito Penal atinge sua função e reveste-se da proteção subsidiária de bens jurídicos, efetivando sua característica de ser a *ultima ratio*, deste modo, deve o Direito Penal agir confrontando a prática de condutas que efetivamente representem riscos aos bens jurídicos por ele tutelados. Assim, Roxin destaca a importância de que a sanção aplicada atenda a função do Direito Penal, demonstrando-se realmente necessária e eficaz.

As bases do pensamento racional teleológico de Claus Roxin remontam às características axiológicas próprias do neokantismo, ocorre que como o próprio Roxin explica, naquela época o sistema não foi desenvolvido de maneira satisfatória, de modo que em seu funcionalismo o ponto de partida que orienta a interpretação dos elementos do crime é o pensamento político-criminal fundado na teoria dos fins da pena e que diverge profundamente de valores próprios das ciências do espírito, defendidos sob o influxo do sistema penal neoclássico.

Com vista à finalidade do Direito Penal, cumpre destacar a importância em manter um método sistemático, que constitui caráter irrenunciável em um Estado Democrático de Direito capaz de ofertar maior segurança aos seus jurisdicionados. Roxin observou que os equívocos dos modelos anteriores eram resultados da má construção do sistema penal, uma vez que partiam de pontos de apoio ineficazes. Diferente do que ocorre com o seu sistema funcionalista que tem sua estrutura alicerçada pelo pensamento teleológico, o que para ele resolve grande parte das discussões que afloravam no âmbito doutrinário, já que por meio dos sistemas anteriores à realização de valorações à luz do caso concreto não era possível em virtude da abstração e generalidade de suas estruturas.

Ao desenvolver seu sistema já alicerçado no raciocínio valorativo, Roxin pretende resolver os equívocos das propostas anteriores. Assim, descreve que o sistema penal deve ser estruturado teleologicamente, partindo de finalidades valorativas, uma vez que a solução sistemática correta demonstra a necessidade de uma valoração prévia, de modo a garantir

⁴³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

desde logo a coerência entre a consequência sistemática e a correção material pretendida, que tem se revestido de tantas dificuldades no campo de outros pensamentos sistemáticos.⁴⁴

Pode-se observar, desde já, a grande revolução ofertada por meio do sistema teleológico de Roxin, suas propostas quebram o raciocínio que foi firmado desde Liszt em sua concepção de ciência penal conjunta na qual nasce uma edificação das estruturas do delito incompatível com a política criminal e concebe o direito penal como a “barreira intransponível da política criminal”, colocação que de acordo com Roxin, é responsável pela relação de tensão que ainda hoje está viva na ciência penal.⁴⁵ Roxin deixa claro que das propostas de Liszt, nasce uma abordagem técnico-jurídica baseada em um sistema fechado que até hoje manifesta seus resquícios e se contrapõe a sua concepção de que questões de caráter político-criminal fazem parte do conteúdo do Direito Penal e, portanto, ambos os ramos devem ser tidos como uma unidade sistemática.⁴⁶

Observe-se que o percurso do raciocínio teleológico se orienta no sentido de relacionar o objeto com a sua finalidade, assim é fundamentada a racionalidade do sistema funcionalista. O Direito Penal, por meio de seu poder coercitivo, age no sentido de tutelar os bens jurídicos mais relevantes para o corpo social, logo, o sistema que o baseia deve revestir-se dessa característica e ser capaz de torná-lo eficaz em sua missão. Assim, a partir de uma valoração prévia, estar-se a garantir, desde o início a coerência entre a racionalidade do sistema e a realização de sua pretensão.

Roxin mantém os substratos defendidos pelos sistemas anteriores no âmbito da teoria do delito, contudo procede com uma reestruturação e concebe uma nova tripartição desses elementos como a ação constituída pelo tipo, o injusto e a responsabilidade, em que ambos, cumprindo a função de pressupostos da punibilidade devem se orientar por meio das finalidades do direito penal, e correspondem, portanto, a “instrumentos de valoração político criminal”,⁴⁷ assim, devem ser considerados, desenvolvidos e sistematizados desde o princípio, por meio de sua função político criminal.⁴⁸ Ocupemo-nos, então, da análise do conteúdo desses substratos.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 217.

⁴⁵ Idem. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 01.

⁴⁶ Idem, p. 14.

⁴⁷ Idem. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 218.

⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução: SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Madri: Tecnos Editora, 1991, p. 64.

Para Roxin, a ação não pode ser concebida de maneira preexistente como ocorria nos sistemas anteriores, ele rechaça a perspectiva ontológica que permeava estes sistemas, mas também afirma que não se deve acolher o pensamento proposto por Radbruch de que a ação faz parte do tipo penal. Para Roxin, a ação só pode ser definida por meio de sua função, que se reveste de finalidades político criminais, agindo deste modo como elemento de enlace dos demais atributos do crime.

Ele concebe a ação como uma manifestação da personalidade humana, e explica que o conceito de ação deve estar ajustado a sua função, constituindo tudo aquilo que pode ser atribuído ao ser humano como centro anímico-espiritual de seu comportamento. Assim, ocorrendo um resultado produzido tão somente por um comportamento físico desligado do animus do sujeito, não há que se falar em ação.⁴⁹ Do mesmo modo, quando o sujeito for detentor tão somente da mera intenção, ou seja, do conteúdo anímico-espiritual, não há que se falar em ação, uma vez que não representa uma manifestação da personalidade no mundo exterior.

Por meio de seu raciocínio, Roxin descreve que por constituir uma manifestação da personalidade, seu conceito de ação põe fim às discussões que cercam as questões entre a ação, omissão, conduta dolosa ou culposa. Uma vez que ação “é tudo o que se possa atribuir a um ser humano como foco interno, psíquico e subjetivo de atuação”⁵⁰ e desenvolve o seu conceito como um elemento básico que abrange todas as formas de manifestação da conduta delitiva.

Em relação à estrutura do tipo penal, ressalte-se que este representa uma das mais importantes contribuições de Roxin para a concepção da dogmática moderna, constituindo o ponto de partida para a construção de sua Teoria da Imputação Objetiva. Para Roxin, a ação típica sempre vai representar uma soma de aspectos objetivos (externos) e subjetivos (internos) que não podem ser dissociados. Assim, ao tratar do tipo objetivo nos crimes materiais, ressalta que sempre haverá a presença de um sujeito ativo, uma ação típica e um resultado descrito em lei. Como substrato do delito, o tipo penal é orientado pelos fins político-criminais que revestem o sistema, tendo como critérios reitores a necessidade abstrata da pena e sua prevenção geral, bem como o princípio da culpabilidade.⁵¹

⁴⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 252.

⁵⁰ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro**: parte geral, princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 248.

⁵¹ ROXIN, Claus. *Idem*, p. 219

O tipo objetivo, em Roxin, encontra estreita relação com o princípio da legalidade, devendo o legislador especificar as condutas (em se tratando dos crimes de ação) da maneira mais clara possível, este aspecto leva a constatação de que, “o tipo está sob o *leitmotiv* da determinação legal”⁵² ou seja, é por meio do tipo que o princípio da legalidade revela, também, seu aspecto político, resguardando o *status* democrático por meio do qual “ao Estado não é permitido criminalizar tudo, mas tão somente o que for necessário para a segurança e a liberdade das pessoas.”⁵³ Assim, toda conduta que estiver tipificada em lei deve representar um risco para as relações e a estrutura da própria sociedade.

Extrai-se desses critérios a valoração feita em face da ação objetivamente prevista em lei, ou seja, o legislador, atento às situações do cotidiano social e a função do direito penal, descreve determinada conduta por demonstrar-se ofensiva ao convívio social uma vez que esta pode expor a perigo ou lesionar bens que carecem da proteção jurídico-penal.

É por meio desse pensamento, que Roxin afirma que a principal função do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, em razão do que, o tipo objetivo, em seu aspecto formal, deve especificar de maneira precisa todas as condutas desaprovadas em lei e ser idôneo a atender os fins de prevenção geral da pena uma vez que a intenção primeira do Direito Penal não reside em manifestação de castigo exercido pelo *jus puniendi*, mas na finalidade de inibir atos que atentem contra os bens jurídicos protegidos, desta feita, uma prevenção geral eficaz da pena pressupõe, sobretudo, uma precisão mais exata e fiel possível da lei, como é exigido por meio do princípio da legalidade, assim, o tipo se encontra desde o princípio no campo de tensão entre o fim e a precisão da lei.⁵⁴

Roxin procede com um raciocínio de extrema importância ao afirmar que a grande tarefa do tipo objetivo, no plano da parte geral, é estabelecer os critérios para que se possa atribuir um fato típico como resultado da ação do sujeito ativo e que os critérios para esta constatação vão muito além da mera averiguação da relação causal. Assim, deixa claro que a constatação da causalidade entre a ação do autor e o resultado demonstra-se insuficiente para a aferição da tipicidade objetiva da conduta.⁵⁵

O sistema jurídico penal somente poderá cumprir a função subsidiária de proteção de bens jurídicos proibindo a criação de riscos a bens que careçam da tutela penal e

⁵² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 29.

⁵³ Idem. Prefácio, in: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* Idem., p. 49.

⁵⁴ Idem. **Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 219.

⁵⁵ Idem, p. 305.

imputando a realização de tais riscos aos produtores da ação típica proibida.⁵⁶ Somente quando uma conduta lesionar ou expuser a perigo de lesão os bens jurídicos protegidos poderá ser qualificada como tipicamente objetiva.

Aqui está uma das grandes percepções de Roxin, ao proceder à funcionalização da ação típica, por meio da análise de realização de um risco proibido, afasta a percepção ontológica da tipicidade objetiva, uma vez que esta não depende nem da causalidade nem da finalidade do agente, o que leva a conclusão de que mesmo constatada a presença da relação causal entre a ação e o resultado típico, outros requisitos são de extrema importância para que se possa afirmar a ocorrência de uma conduta tipicamente objetiva, sem os quais não é possível proceder com a análise dos elementos subsequentes (tipo subjetivo, injusto e responsabilidade).

Observe-se que se não houver sido ultrapassada a linha que delimita a ocorrência de uma lesão ou no mínimo o perigo de lesão ao bem jurídico – ao que Roxin intitula de risco – não há que se falar em conduta objetivamente típica, em razão do que não terá continuidade a análise dos demais substratos do delito, uma vez que desde já, a conduta é considerada atípica. Ora, não havendo a criação de risco, tampouco, há que se falar em necessidade abstrata da sanção penal e os demais desmembramentos do princípio da legalidade e da prevenção geral.

Se considerarmos a ação típica como a realização de um risco não permitido, é porque estamos deduzindo o comportamento jurídico-penalmente relevante da tarefa do direito penal de defender a sociedade contra riscos sócio-politicamente intoleráveis. A ideia do risco vai bem além da esfera penal, e sistematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e seu direcionamento [...] faz com que a dogmática [...] se abra para a realidade.⁵⁷

Ao proceder com esse raciocínio Roxin proporciona o deslocamento do centro da gravidade da teoria do crime para o âmbito do tipo objetivo, ganhando este uma relevância crucial. “Há a substituição da teoria final da ação por uma teoria da tipicidade, que abrange todas as características sociais do sentido da ação, na medida em que estas são importantes para a identificação da ilicitude.”⁵⁸ Observe-se que na teoria do crime desenvolvida pela perspectiva funcionalista teleológica, o tipo objetivo em sua estrutura formal, tem como elementos a ação, o sujeito e o nexo causal, que já existiam nos sistemas anteriores, mas

⁵⁶ ROXIN, Claus. Prefácio, *in*: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

⁵⁷ *Idem.* **Estudos de direito penal.** Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

⁵⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 103.

agora, surgem em sequência, critérios normativos de imputação objetiva, sem os quais não se pode concluir pela tipicidade objetiva de uma conduta.

Os critérios normativos apresentados por Claus Roxin são parte da estrutura do que ele concebe como Teoria da Imputação Objetiva, por meio da qual se pretende alcançar maior nível de certeza quando da constatação e confirmação da tipicidade objetiva de uma conduta. De maneira geral, os critérios normativos de imputação apresentados por Roxin são a criação de um risco juridicamente desaprovado, a realização deste risco no resultado e a constatação de que este resultado esteja no âmbito de alcance da norma.

Por razões didáticas a análise desses critérios é apresentada separadamente no capítulo terceiro deste trabalho, por ora, o importante é proceder com a observação de que a presença desses critérios no âmbito da teoria do crime “confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele tinha até então”⁵⁹ compreendendo uma nova concepção da conduta típica, capaz de resolver as lacunas abertas pelas teorias anteriores, sendo agora possível renunciar a aplicação da pena quando não for constatada qualquer perturbação às relações sociais.⁶⁰ bem como atingir maior grau de justiça quando da resolução de casos concretos, o que por sua vez, aproxima o direito penal das necessidades da atual sociedade de riscos e que permite uma interpretação mais adequada às demandas sociais já no âmbito do aspecto objetivo da tipicidade, somente após o qual será analisado o aspecto subjetivo.

Por influência do sistema finalista, Roxin mantém o dolo no tipo subjetivo, mas não o fundamenta na mera finalidade e sim com base o princípio da determinação. Assim, haverá dolo quando a conduta do agente for interpretada sob o aspecto de critérios sociais a partir da exteriorização desse comportamento. Sendo deduzida no dolo a atitude interna do agente por meio do comportamento exteriorizado no mundo real, em que se compara referido comportamento com o de um homem socialmente semelhante.⁶¹

Em continuidade, Roxin concebe como próximo substrato do delito, a ideia de injusto, cujo qual difere da antijuridicidade, uma vez que aborda a ação típica conforme critérios de permissão ou proibição⁶² representando um terceiro escalão do crime. O primeiro corresponde à constatação da ação, o segundo a verificação da tipicidade deste comportamento e o terceiro é o injusto, equivalente a ação tipicamente antijurídica.

⁵⁹ ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano nº 9, n. 38, p. 11-31, abr/jun. 2002, p. 21.

⁶⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 104.

⁶¹ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 331-332.

⁶² ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 219.

Para Roxin, injusto e antijuridicidade são diferentes, de modo que a intenção é que nesta etapa seja verificada a existência do injusto que é atingido após o juízo de antijuridicidade. Assim, a antijuridicidade, está contida no injusto, ao lado da conduta típica. Neste momento, toma-se a conduta que já teve a tipicidade confirmada e se procede com um juízo de valoração a fim de verificar a sua contrariedade com o direito, sendo constatada a presença de alguma causa justificante restará em conformidade com o ordenamento, caso contrário, confirmado o juízo de desvalor completa-se o injusto penal, ou seja, confirma-se o juízo de desvalor sobre um fato ocorrido que se consubstancia em um comportamento típico e antijurídico.

Por meio do juízo de antijuridicidade se verifica a possibilidade de que uma conduta típica esteja ou não em conformidade com o direito. Assim, para que se proceda com esse juízo de valoração, deve-se ter em mente o papel inerente às causas de justificação, que no entendimento de Roxin, são os meios pelos quais se almeja a solução social de conflitos uma vez que são baseados na ponderação reguladora de interesses sociais diante de situações conflituosas.⁶³ Roxin intitula este escalão do delito como injusto por considerá-lo como produto do desvalor aferido com a confirmação da contrariedade da conduta típica com todo o ordenamento, defendendo um conceito de antijuridicidade singular em que rechaça propostas como as de Hans Ludwing Günther na defesa da existência de uma antijuridicidade geral e outra específica.

Em resumo, Roxin analisa a antijuridicidade da conduta típica por meio de sua contrariedade com todo o ordenamento jurídico (antijuridicidade formal) em conjunto com o grau de deterioração que esta conduta típica provocou ao bem jurídico (antijuridicidade material), confirmado esse juízo de mão dupla, verifica-se a existência do injusto penal, aferido por meio do avanço dos três degraus mencionados: existência de ação como manifestação da personalidade, tipicidade da ação e a antijuridicidade deste comportamento.

Confirmada a existência do injusto penal o próximo passo é proceder com o juízo de desvalor que recai sobre o autor do fato: responsabilidade. Foi observado que Roxin concebe uma nova tripartição dos elementos do crime como a ação constituída pelo tipo, o injusto e a responsabilidade. Esta última corresponde ao que ele chama de ampliação da culpabilidade, uma vez que acresce a esta etapa o critério de necessidade preventiva da pena. Do exposto, percebe-se que por meio da responsabilidade, será verificado também o merecimento da pena por parte daquele que praticou o injusto penal.

⁶³ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 375.

Roxin afirma que a culpabilidade, por si só, não consegue justificar a pena. Por isso, talvez, seja mais correto falar em responsabilidade,⁶⁴ sendo a culpabilidade apenas um dos fatores que compõem a responsabilidade penal, uma vez que mesmo quando constatada a culpabilidade – e atingido o conceito de crime conforme os sistemas anteriores – é necessária a manifestação no caso concreto de que existe necessidade preventiva da pena a vir a ser aplicada, o que confirmará, ou não, a ocorrência de um crime, já que a responsabilidade em conjunto com o injusto confirmará a existência de um delito.

Assim, a ausência de necessidade individual da pena exclui a responsabilidade, logo exclui o próprio crime, correspondendo a “realização dogmática da teoria político-criminal dos fins da pena”.⁶⁵ Ressalte-se que existe grande resistência diante a aceitação por parte da doutrina em relação à concepção da ideia de responsabilidade como ampliação da culpabilidade, diferente do que ocorre em relação ao acolhimento do desenvolvimento ofertado à tipicidade objetiva dentro desde sistema por meio da Teoria da Imputação Objetiva.

Apesar das críticas que se opõem as propostas do sistema desenvolvido por Roxin, é notória a aceitação de sua Teoria da Imputação Objetiva, sobretudo na Alemanha, mas que já despertou o interesse de grandes nomes na doutrina penal brasileira, bem como já foi aplicada no âmbito de decisões dos tribunais brasileiros.

Assim, dada a importância e destaque da matéria, aos próximos capítulos deste trabalho, será visto mais profundamente o cenário que propiciou o seu surgimento, bem como os pressupostos dos quais se reveste. Deste modo, analisar-se-á o desenvolvimento do instituto do nexo-causal, que como será constatado, demonstrará por meio de sua simplicidade metodológica ser insuficiente para verificação e constatação segura de que uma conduta possa ser considerada como obra de seu autor.

⁶⁴ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70.

⁶⁵ Idem. **Estudos de direito penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

3 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS DA RELAÇÃO CAUSAL

Feita uma breve análise acerca do desenvolvimento da tipicidade no âmbito da Teoria Geral do Crime, há que se proceder com uma reflexão de suma importância para a constatação da responsabilização penal e que diz respeito, sobretudo, à relação capaz de indicar a própria existência de um crime, uma vez que um sujeito somente pode ser penalmente responsabilizado por aquilo que tenha provocado. Como visto, o crime constitui uma conduta típica, antijurídica e culpável, sendo crucial constatar a existência da conexão entre a conduta qualificada por esses atributos e o resultado delitivo.

Ressalte-se que a doutrina majoritária, entende que o problema da comprovação do liame causal não deve ser entendido em um nível pré-típico, mas como um instituto integrante do próprio tipo penal, constituindo, portanto, um dos componentes necessários à comprovação da tipicidade objetiva. Com base na evolução pela qual tem passado o Direito Penal, constatar com segurança a conexão entre a conduta humana e o fato delitivo, tem movido os estudos de muitos doutrinadores. Esses posicionamentos se moldam com o tempo, uma vez que acompanham a evolução dos modelos de sistema penal.

Como visto no capítulo primeiro, a conduta como elemento constitutivo do crime, surge com o desenvolvimento científico do Direito Penal. Atribui-se a Franz von Liszt primeira construção metodológica que busca explicá-la: A Teoria Causalista da Ação. Liszt definiu a ação sob a perspectiva de três elementos: vontade, modificação no mundo exterior e o nexo de causalidade, representando este, a conexão entre a ação e o resultado.

O nexo de causalidade representou uma grande conquista no âmbito da responsabilização criminal, uma vez que o resultado da prática delitiva passa a ser atribuído somente àquele que lhe deu causa. Mas, como definir nexo de causalidade? É possível utilizar vários sinônimos para explicar a expressão nexo: vínculo, conexão, liame, relação, ligação, elo, entre outros. Já a expressão causalidade, é fruto da lei física de causa e efeito, que governa as ciências da natureza.

Assim, pode-se afirmar que o nexo de causalidade no âmbito da dogmática penal, é o elemento de conexão entre a conduta humana e o resultado que pode manifestar-se no mundo exterior na forma de um crime. Como se verá mais detalhadamente adiante, a necessidade de se constatar com maior certeza o liame causal esbarrou na complexidade das distintas modalidades de que podem se revestir os cursos causais. Fato este, que colocou em

marcha os estudos de muitos doutrinadores na intenção de suprir os déficits e lacunas das teorias que buscam explicar esta conexão.

Nos próximos tópicos deste capítulo, analisar-se-á o desenvolvimento do instituto do nexa causal no âmbito dos crimes materiais, estes, entendidos como todos os delitos que para sua consumação, dependem da produção de um resultado empiricamente constatável no mundo exterior. E por consequência, tratar-se-á das teorias que buscam explicar a relação causal, mas que esbarram nos desdobramentos que cercam a problemática da responsabilização penal e se deparam com a necessidade de constatar critérios para uma imputação objetiva.

3.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES

Foi no auge do pensamento positivo-naturalista do século XIX, mais precisamente no ano de 1843, que o filósofo John Stuart Mill construiu o primeiro conceito lógico de causa, todavia, é a Julius Glaser no ano de 1858 a quem se atribui o nascimento da Teoria da Equivalência das Condições.

Afirmou Glaser que esta consistiria em um ponto de apoio seguro para proceder com o exame da relação causal, uma vez que, suprimindo mentalmente a suposta conduta originante da soma de acontecimentos e percebendo-se em consequência, que apesar disto, ocorre a consumação delitiva e a série de causas sucessivas intermediárias segue sendo a mesma, resta claro que não é possível imputar a eficácia delitiva a esta conduta que fora suprimida, mas se pelo contrário, percebe-se que ao ser suprimida mentalmente a conduta o resultado não poderia se produzir em absoluto como ocorreu ou que ele deixou de existir, resta acertado, com toda segurança considerar tal resultado, produto da conduta mentalmente suprimida.⁶⁶

Em 1860 a referida teoria foi melhor desenvolvida pelo magistrado do Tribunal Superior Alemão, Maximilian von Buri, que em virtude de sua influência fez com que ela fosse cada vez mais utilizada, tanto no campo jurisprudencial como doutrinário.

A Teoria da Equivalência das Condições utiliza o método de eliminação hipotética, uma fórmula heurística, que em se tratando de crimes de ação, consiste em suprimir mentalmente determinada conduta, no intuito de observar se com a sua eliminação o

⁶⁶ GLASER, 1858, *apud*, ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 348-349.

resultado ainda se produz no mundo exterior, logo, hipoteticamente, deixando de existir o resultado, pretende a teoria confirmar que referida conduta é *condicio sine qua non*, ou seja, condição sem a qual não se produziria o fato criminoso, existindo, portanto, relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado que se produziu. Já em relação aos delitos omissivos, como Welzel explica, uma conduta omissiva será considerada causa do resultado quando adicionada mentalmente a ação que fora omitida o resultado deixar de existir.⁶⁷

Na redação original do Código Penal de 1940, o artigo 11, *caput*, disciplinava a relação de causalidade nos seguintes termos: *o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*. Após a reforma Penal de 1984 a relação de causalidade passou a ser disciplinada no *caput* do Artigo 13 que por sua vez, manteve a redação original do artigo 11.

É possível observar que o Código Penal, nitidamente colheu os frutos do pensamento positivo-naturalista e adotou a lei de causa e efeito, por meio da teoria da equivalência das condições, terreno de mera constatação física. O legislador adotou um método mecanicista e conceituou causa, como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Deste modo, toma-se por base um método de causa e efeito a fim de afirmar a responsabilização penal de toda conduta que concorra para a produção do resultado delitivo.

Como bem destaca Santiago Mir Puig, a referida teoria, adaptada por Von Buri, defende que constitui causa do resultado toda condição da qual dependa sua produção, independentemente de sua maior ou menor proximidade ou importância.⁶⁸ É como imaginar uma corrente que desagrega no momento da retirada de um de seus elos. Assim, a fórmula da *condicio sine qua non* conduz a um regresso infinito ao passo que é logicamente possível ir em busca da “causa da causa”, não havendo qualquer hierarquia já que ambas as condições são igualmente equivalentes para o desfecho delitivo.

Como se pode observar, para o sistema penal clássico, comprovado o nexu causal, restaria verificada a tipicidade da conduta, que era dotada somente de uma parte objetiva descritiva, uma vez que o dolo e a culpa, elementos internos do delito, situavam-se no âmbito da culpabilidade. Assim, uma vez confirmada a tipicidade por meio do processo de subsunção da conduta à descrição contida na parte especial e constatada a relação de causa e efeito como

⁶⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Tradução: BALESTRA, Carlos Fontán. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956, p. 49.

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 236.

condicio sine qua non para ocorrência do resultado, restaria configurada a tipicidade da conduta, isso induz a um extenso âmbito de responsabilização objetiva, o que é totalmente descabido no direito penal.

Nessa perspectiva, a primeira falha da Teoria da Equivalência das condições, o conceito de causa é demasiadamente amplo, já que toda e qualquer conduta, por mais simples e irrelevante que seja, pode ser considerada igualmente, produtora do resultado, o que “conduz, certamente a uma determinação amplíssima da causalidade que tende ao infinito.”⁶⁹

Note-se, por exemplo, que em casos de homicídio, é perfeitamente possível afirmar que o disparo de uma arma de fogo contra a vítima é causa do resultado. Porém, se for considerada como equivalente à produção do resultado, toda conduta sem a qual ele não ocorreria, é acertado considerar causa do óbito da vítima o ato de concepção da vida do sujeito ativo, uma vez que não sendo este concebido, o resultado não se produziria, logo, os pais dele, assim como seus antepassados, são também, responsáveis pela morte do ofendido.

Também é possível afirmar que o ato de venda e até mesmo de fabricação da arma utilizada no intento criminoso é igualmente causa da consumação delitiva, uma vez que toda conduta, por mais ínfima que seja, pode constituir um elo dessa cadeia de acontecimentos que permitiram ao autor praticar o seu intento criminoso.

A fim de limitar o alcance desse método, levantou-se contra esse sistema, em 1930, a Teoria Finalista da Ação desenvolvida por Hans Welzel, indicando a essência da ação humana não no puro fenômeno natural da causação, mas no direcionamento, guiado pela vontade consciente, de um curso causal no sentido de um determinado fim, antes tomado em vista. Compreendendo a conduta como um ato finalístico, orientado por um objetivo, capaz de obstar consideravelmente o regresso ao infinito concebido pela teoria causal da ação, uma vez que, já procede com a análise dos elementos internos do delito (dolo e culpa) ao nível do tipo, como parte subjetiva deste.⁷⁰

Welzel oferta ao sistema penal uma grande contribuição ao redirecionar o dolo e a culpa para o âmbito da tipicidade. Isso faz com que a análise do instituto perpassa por uma segunda etapa. Deste modo, retornando ao exemplo anteriormente citado, os pais do autor de um homicídio não mais cometem uma conduta típica por terem-no concebido, em virtude da ausência dos elementos estruturantes da tipicidade subjetiva já que não agem com dolo ou culpa em relação ao resultado morte.

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002,237.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano nº 9, n. 38, p. 11-31, abr/jun. 2002, p. 12.

Neste ponto é possível perceber que tais condutas, sob a perspectiva objetiva ainda são consideradas causadoras do resultado morte, uma vez que o sistema finalista em nada alterou o tipo objetivo, permanecendo suficiente para a sua constatação a mera verificação da relação da causalidade adotada pela fórmula da *condicio sine qua non*. No exemplo que apresentado pode-se perfeitamente afastar a tipicidade por ausência do caráter subjetivo do tipo, todavia, em outros aspectos a teoria finalista em nada contribuiu.

Note-se que a própria compreensão do liame causal depende do conceito de tipicidade adotado pelo sistema penal que esteja em vigor. No campo do sistema penal proposto por Welzel, orientado pela teoria finalista da ação, tendo na finalidade da ação humana a pedra de toque do sistema penal, o conteúdo da tipicidade subjetiva passa a considerar como atípicas condutas que antes eram aptas à verificação da tipicidade somente pela mera subsunção do fato à norma, quando verificada a relação de causa e efeito por meio da *condicio sine qua non*.

Com a estruturação dos elementos da tipicidade subjetiva, restaria obstado consideravelmente o regresso infinito da teoria da equivalência, fato este que agradou a muitos doutrinadores e fez com que a teoria finalista da ação fosse ainda mais aceita, já que a cadeia de acontecimentos causais, restaria limitada pelo dolo ou pela culpa, situados desde já no campo da tipicidade. Segundo Welzel, isto demonstra que a conduta tipicamente adequada não pode ser entendida de maneira alguma sem a tendência subjetiva da vontade que determina o acontecer no mundo exterior.⁷¹

Traz-se à colação um exemplo ofertado por grande parte da doutrina, em que um sobrinho faz com que seu tio frequentemente realize viagens de avião no intuito de que este venha a falecer em um acidente aéreo e que deste modo possa herdar seus bens, o que efetivamente vem a ocorrer.

Diante da análise da tipicidade em sua primeira etapa, sob o aspecto objetivo, é possível afirmar que existe relação de causalidade entre a conduta do sobrinho e a morte de seu tio? Perfeitamente, uma vez que suprimindo a conduta dele, o tio não realizaria a viagem que lhe tirou a vida. Resta, portanto, comprovado o nexos causal que é suficiente para verificação da tipicidade objetiva sob a perspectiva da Teoria da Equivalência das Condições.

Ocorre que uma vez verificado o tipo objetivo, passasse a etapa subjetiva. É cediço que uma conduta orientada pelo *animus necandi*, é portadora da vontade objetivada e direcionada à produção da morte de alguém. O dolo por sua vez, consiste na vontade e

⁷¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução BALESTRA, Carlos Fontán. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956, p. 68.

consciência de praticar os elementos do tipo. Desse modo, no exemplo anterior, seria possível concluir pela configuração da tipicidade subjetiva (geral e especial), chegando-se à conclusão de que para a Teoria Finalista da Ação, resta verificada a tipicidade da conduta.

Welzel, por sua vez, defende a tese de que para que sejam satisfeitas as exigências de uma conduta dolosa, esta não pode ser confundida com o mero desejo ou esperança, sendo necessária a constatação de que a pessoa possa interferir no fato real, de modo que faltando essa possibilidade não restaria verificado o dolo, mas somente um mero desejo que constitui verdadeiro irrelevante penal.⁷² Assim, não basta à mera vontade entendida como aspiração ou desejo para a configuração do dolo, mas que esta vontade seja direcionada a concretização deste querer, devendo o fato estar submetido ao domínio da vontade e que haja conhecimento e previsão do curso causal necessário para tanto.

Em outro exemplo ofertado por Welzel em que “A” dispara contra “B” com a intenção de tirar-lhe a vida, e “B” é socorrido e levado ao hospital onde vem à óbito em virtude de um incêndio que lá ocorre, ele afirma que objetivamente é um homicídio consumado, contudo, não há constatação do dolo, uma vez que o curso causal não foi formado com a vontade e consciência finalística, mas sim por meio de forças inesperadas como reflexo causal da vontade reitora da ação, concluindo-se pela inexistência de adequação social para confirmação do dolo.⁷³

Não interessa ao direito penal o simples desejo, somente quando o sujeito ativo é capaz de dominar o curso causal e o conduz na intenção de concretização de sua vontade, se estará diante de um fato portador de relevância. Deste modo, o dolo terá sempre duas dimensões: não será simplesmente a vontade portadora da tendência de concretização do fato, mas necessariamente, deve esta vontade ser apta para consumação do crime.⁷⁴

Roxin, todavia, afirma que apesar destas considerações, Welzel não obteve êxito em explicar satisfatoriamente a ausência do elemento subjetivo do injusto e descreve o seguinte:

[...] presente o tipo objetivo de homicídio, somente a falta de dolo poderia excluí-lo. E quando coincidentemente a vontade do autor for direcionada exatamente para a provocação do resultado [...] a teoria finalista da ação

⁷² CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 68.

⁷³ Idem, loc. cit.

⁷⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Tradução BALESTRA, Carlos Fontán. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956, p. 73-74.

fracassa em buscar fundamentos convincentes do porque não se deve punir um delito doloso de homicídio.⁷⁵

Até aqui, foi visto que a abrangência excessiva da fórmula da *condicio sine qua non* é responsável por considerar como típicas - mesmo com a incidência dos elementos anímicos do autor - condutas que claramente não são aptas para tal, não havendo respostas satisfatórias ofertadas pela Teoria Finalista da Ação. Como destaca Roxin, a fórmula da *condicio sine qua non* não só é inútil como pode induzir a erro. O que ocorre principalmente em casos de causalidade hipotética e alternativa.⁷⁶

Deparamo-nos assim, com outro aspecto que desperta grande controvérsia na doutrina. A fórmula da *condicio sine qua non* esbarrou na problemática das diversas modalidades de cursos causais, chegando a excluir erroneamente determinadas condutas portadoras de relevância jurídico-penal.

A fim de ilustrar um caso de causalidade alternativa tome-se como orientação o exemplo ofertado por Claus Roxin em que “A” e “B”, ambos atuando de forma independente e sem conhecimento da ação um do outro, colocam veneno no café de “C” que morre em decorrência da ação do veneno, mas cada dose acrescentada, por si só haveria provocado este resultado, do mesmo modo como realmente ocorreu.⁷⁷ Como é possível observar, por meio da fórmula da eliminação hipotética, cada uma das condutas pode ser suprimida sem que deixe de existir o resultado, já que sem a conduta de “A”, “C” ainda morreria pelo veneno colocado por “B” em seu café, da mesma forma, se fosse suprimida a conduta de “B”, restaria a ação de “A”, igualmente idônea à produção do resultado. Assim, é possível concluir absurdamente, pela ausência de causalidade nas condutas de “A” e “B”, já que eliminadas mentalmente, o resultado ainda ocorreria.

Do mesmo modo, fracassa a teoria da equivalência das condições em casos de causalidade hipotética, utilizando o exemplo anterior, imagine-se que “B”, no momento em que ia agir, percebe que “A” acrescenta uma dose fatal de veneno no café de “C” e que por isto desiste de fazê-lo. Ora, caso “A” não tivesse colocado a substância na bebida de “C”, “B” o faria do mesmo modo, neste caso é possível eliminar a conduta de “A” sem que hipoteticamente desapareça o resultado morte.

⁷⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al. Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47.

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997. p. 350.

⁷⁷ Idem, p. 350.

Como se pode ver, em casos mais simples, a falha da Teoria da Equivalência pode ser resolvida pela utilização dos elementos subjetivos do tipo, mas em casos mais complexos, como os acima descritos, a teoria revela sua ineficácia, ao passo que exclui a imputação de condutas que são efetivamente merecedoras de responsabilização criminal.

Existem também casos de causalidade cumulativa, entendidos como aqueles em que o resultado delitivo é produto da ação de vários fatores que se completam ou se compensam, ambos portadores de eficácia causal, todavia, que em separado, não teriam referida potencialidade. Estar-se-á diante de duas ou mais condições, que juntas tornam-se portadoras de idoneidade à produção do resultado delitivo.

Tome-se como exemplo o caso do café, imagine-se que “A” acrescenta uma dose de veneno no café de “C”, todavia, esta quantidade, por si só não é eficaz para produzir os efeitos nocivos no organismo da pretensa vítima. Ocorre que “B”, sem conhecimento da ação de “A” também acrescenta uma dose mínima da mesma substância no café da “C” que efetivamente morre em virtude da junção das duas doses, que em separado não provocariam qualquer dano à vítima. Não diverge aqui a conclusão da fórmula da Teoria da Equivalência das Condições em relação aos exemplos anteriores, já que também afasta a potencialidade de causação do resultado de ambas as ações por meio de sua fórmula.

Não obstante tudo que já foi visto, fracassa ainda a teoria da equivalência nos casos de cursos causais não verificáveis, ora, como é possível observar, ao suprimir determinado comportamento no intuito de constatar se com sua ausência o resultado deixa de ocorrer, é possível afirmar que referida análise resta inútil para tal, já que ao realizar determinado processo, o sujeito que o faz já teria *ex post* conhecimento da potencialidade lesiva da conduta suprimida, assim, tal processo resta desnecessário. Ocorre que podem ser verificadas situações em que o sujeito desconhece a causa produtora do injusto, como no caso de um curso causal não verificável.

Em virtude do desconhecimento da idoneidade lesiva de determinada substância, por exemplo, não é possível afirmar que esta é produtora do resultado delitivo como em casos de intoxicação. Um exemplo esclarecedor, apresentado por Mezger, é o que ocorreu na Europa em decorrência do consumo de “Talomida” por gestantes durante a gravidez e que causou a má formação de bebês.⁷⁸ Ora, neste caso, sem que haja conhecimento dos efeitos da desta substância resta impossível afirmar, por meio da *condicio sine qua non* que com a supressão de sua ingestão deixaria de existir o resultado.

⁷⁸ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 271.

Por esses motivos, a doutrina defendida por Engisch propôs o método da condição ajustada às leis da natureza, assim, a causalidade passaria a ser justificada por meio de um método de comprovação científica exata, não sendo suficiente a mera constatação de causa e efeito, mas também a prova científico-natural elaborada por um perito por meio de um laudo. Resta, todavia, questionar se referida comprovação seria suficiente para o esclarecimento das problemáticas decorrentes dos distintos cursos causais que podem se manifestar.

Em casos como os da “Talomida” e do veneno acrescido ao café é possível por meio de um laudo constatar a potencialidade de cada dose e da própria substância. Contudo, em casos que fujam a necessidade de uma comprovação realizada por meio de uma perícia, a comprovação do curso causal não pode ficar a mercê do entendimento de íntima convicção do julgador.⁷⁹

Outra problemática surge em relação aos cursos causais hipotéticos, quando se deságua no absurdo de afirmar que com base na causalidade pautada nas leis da natureza a ação de salvamento de um médico, por estender a vida de seu paciente colabora como causa para a produção de sua morte em momento posterior daquele que ocorreria naturalmente.

Aqui, são apresentados casos que geram controvérsia na doutrina, os cursos causais de interrupção de ações de salvamento, manifestos em exemplos doutrinários como o em que uma pessoa destrói o único medicamento existente para tratamento de uma enfermidade, a dificuldade dessas hipóteses, reside em fundamentar o liame entre o resultado e a atuação do sujeito, uma vez que a causa específica da morte do enfermo é a doença de que estava acometido. Nesse caso, conclui-se pelo reconhecimento do crime consumado, com a ressalva de que a ação de destruição do referido medicamento, efetivamente tenha a potencialidade de gerar o resultado, já que não sendo interrompido o curso causal salvador com a perda da substância o resultado não restaria verificado.⁸⁰

Diante das críticas desenvolvidas contra a teoria da equivalência das condições e sua insuficiência em atender as problemáticas decorrentes dos inúmeros cursos causais que podem ser manifestos, foram desenvolvidas outras teorias no intuito de corrigir suas falhas e completar suas lacunas.

⁷⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 352.

⁸⁰ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 53.

3.2 TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA

A Teoria da Causalidade Adequada foi elaborada por Ludwig von Bar, em 1871, concebida inicialmente com a denominação de Teoria da Regra da Vida, na intenção de restringir a causalidade para o âmbito propriamente jurídico, afastando assim as condições que não fossem abrangidas pelas experiências gerais da vida. No entanto, seu grande teorizador foi Joannes von Kries, que defendeu que se deveria proceder analisando as condições que concorrem para a ocorrência do resultado delitivo e selecionar dentre estas, aquelas que sejam realmente adequadas para a produção do injusto e ao mesmo tempo com base nas experiências gerais da vida sejam portadoras desta tendência.

Esta teoria não substitui a Teoria da Equivalência das Condições, mas complementando-a visa limitar o alcance do conceito de causa diferenciando-o de condição. Como o próprio nome informa, a teoria da causalidade adequada almeja indicar com maior segurança a conduta produtora do curso causal idôneo, ou seja, adequado à produção do resultado, de modo que não são consideradas todas as condutas igualmente equivalentes para tanto, mas tão somente aquelas que tenham de acordo com a experiência comum da vida a tendência geral portadora de maior probabilidade de causação do injusto. Aqui, é possível verificar que se transitou de uma perspectiva da lei física de causa e efeito (*conditio sine qua non*) para desaguar no terreno de constatação matemática por meio de juízos de probabilidade baseados em experiências gerais da vida.

O que importa aqui são os desdobramentos que giram em torno do conceito causal da tipicidade. A teoria da causalidade adequada adota uma valoração pautada na previsibilidade objetiva, de modo a aferir, se no momento da conduta o sujeito que lhe deu ensejo, teria como prever objetivamente o resultado. Bem como, utiliza-se do juízo de prognose póstumo-objetiva que corresponde a uma análise realizada *ex post* pelo julgador, ou seja, já no âmbito da marcha processual, em que ele se coloca no ponto de vista de um observador objetivo e prudente que dispunha dos mesmos conhecimentos que o agente portava *ex ante*, ou seja, antes do momento da execução do crime a fim de aferir se no lugar daquele que realizou o injusto, uma pessoa prudente procederia da mesma maneira.

Neste raciocínio, por intermédio do conhecimento nomológico, é analisada a idoneidade da conduta por meio do conhecimento que o homem possui diante do seu saber secular, ou seja, aquele que é verificado diante do avanço histórico-social do conhecimento e experiência humana – regras gerais da vida – bem como, através do emprego do

conhecimento ontológico, são analisadas as circunstâncias conhecidas pelo agente no momento da prática do injusto.

Assim, nas palavras de Paulo José da Costa Júnior:

O julgador, retrocedendo no tempo até o momento da conduta, colocando-se no lugar do agente, analisa os fatos, já verificados, como se ainda se devessem verificar (*nachträgliche Prognose*). Emite, então, um juízo, que é o corolário de um silogismo, cuja premissa maior é constituída pelo conhecimento das leis da natureza (conhecimento nomológico), e cuja premissa menor é integrada pelas condições particulares em que se encontrava o agente (conhecimento ontológico). E este juízo é o futuro do passado.⁸¹

Deste modo, em primeiro lugar deve-se, com base na *condicio sine qua non* estabelecer quais são as condições que dão origem ao curso causal, após o que, procede-se com o exame da prognose póstumo-objetiva, para assim estabelecer quais condições podem ser consideradas como adequadas à produção do resultado delitivo.⁸² Observe-se que o juízo de valor realizado pelo julgador *a posteriori*, tem a intenção de averiguar quais cursos causais são portadores de relevância jurídica para que então possam ser imputadas aquele que lhe deu causa. O que importa aqui são os desdobramentos que giram em torno do conceito causal da tipicidade.

Assim, retorne-se ao exemplo do sobrinho que faz com que seu tio realize frequentes viagens de avião no intuito de que este venha a falecer em um acidente aéreo, que efetivamente vem a ocorrer. Com base na teoria sob análise, não resta possível afirmar que exista causalidade adequada entre a conduta do sobrinho e a morte do seu tio uma vez que esta relação causal é parte do âmbito de experiências gerais da vida.

Ora, diferentemente seria se o que provocasse a queda do avião fosse uma falha mecânica de origem já conhecida ou provocada pelo sobrinho, neste caso, levando em consideração os conhecimentos especiais que possuía o agente em relação ao resultado é perfeitamente possível prever a ocorrência do injusto de modo que ao fazer com que o tio entrasse no avião, este já sabia que o fatídico acidente viria efetivamente a ocorrer, sendo referia conduta certamente adequada para a ocorrência delitiva.

Observe-se que o método da causalidade adequada tem a intenção de limitar o âmbito de responsabilização penal selecionando as condutas “adequadas” e para tanto substitui um conceito causal de caráter geral por um conceito jurídico penal especial.⁸³ Deste modo, aproxima a análise da prática delitiva do âmbito jurídico, adotando um critério baseado

⁸¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

⁸² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 268.

⁸³ MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, p. 112.

em juízos de valor, próprio das ciências culturais, diferentemente do que faz a fórmula da *condicio sine qua non* que pauta sua análise no puro fenômeno da causação, terreno de mera constatação física.

Ressalte-se que o método da teoria da causalidade adequada não é fruto do acaso, ele desenvolve esse raciocínio por ter seu nascedouro no âmbito do sistema penal neoclássico, que defende a utilização do conhecimento valorativo, possibilitando que o regresso ao infinito da teoria dos antecedentes causais seja barrado, já que nem toda conduta será considerada causa do resultado. Viabiliza, ainda, a exclusão dos cursos causais imprevisíveis, decorrentes de casos fortuitos e de desdobramentos inesperados sem que seja necessário recorrer à análise do dolo e da culpa ao excluir a relevância jurídico-penal das condutas que não possuam um grau de probabilidade adequado para a realização do injusto.

Ora, se for observada a análise feita pela teoria da causalidade adequada, é possível constatar que a partir do momento em que mentalmente o julgador realiza uma valoração da conduta do agente, agora sobre a perspectiva de um homem médio e prudente, certamente se está diante de um juízo de valor que investiga a ocorrência de condutas efetivamente portadoras da potencialidade de lesar ou expor a perigo bens jurídicos que verdadeiramente carecem da tutela penal. Percebe-se, assim, que na realidade tal processo valorativo extrapola o terreno da verificação meramente causal não constituindo em verdade substrato de uma teoria da relação causal, mas de uma teoria que pretende averiguar a responsabilidade objetiva do agente.

Claus Roxin, apesar disto, afirma que a teoria da causalidade adequada se revela insuficiente para que possa constituir uma teoria da imputação, já que encontra sua limitação em simplesmente excluir a imputação de cursos causais anômalos e incomuns. Deste modo, o juízo de adequação desta teoria representaria tão somente um elemento componente da estrutura de uma teoria geral da imputação.⁸⁴

Resta claro que a teoria da causalidade adequada se aproxima mais de uma imputação valorativa do que propriamente de uma teoria apta a análise do fenômeno da relação causal,⁸⁵ chegando por meio de seu método a gerir confusões entre percepções causais e às atinentes à culpabilidade. Por isto, não deve ser considerada como uma teoria da relação causal, mas como uma teoria da imputação objetiva, uma vez que delimita a responsabilização

⁸⁴ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 361.

⁸⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 57.

penal com base no efetivo nexos de causalidade, ofertando referida importância tão somente àquelas condutas que de fato sejam merecedoras da atenção jurídico-penal.⁸⁶

É perceptível que o juízo de adequação adotado por esta teoria não permanece alheio de críticas, assim, cumpre ainda destacar a ausência de critérios claros para por meio de seu processo de valoração excluir a responsabilidade do agente, chegando ao equívoco de negar a causalidade, ao considerar como inadequadas aquelas condutas que *ex ante* não sejam portadoras de potencialidade lesiva, uma vez que a figura do homem médio procederia, hipoteticamente, com o mesmo comportamento do real agente.

Assim, a teoria da causalidade adequada não apresenta explicações convincentes de que nesse caso o agente deva ser responsabilizado embora haja efetivamente relação causal entre sua conduta e o resultado típico. Falhas como estas colocaram em marcha as contribuições dos estudiosos do ramo tendo sido desenvolvida uma nova teoria na intenção de corrigir estes problemas.

3.3 TEORIA DA RELEVÂNCIA TÍPICA

Em 1921, Mezger apresentou a Teoria da Relevância Típica, objetivando que a mesma firmasse uma distinção clara entre a constatação da relação causal e a aferição da responsabilização jurídico-penal. Assim, sem abandonar o método da *condicio sine qua non* para verificação do liame causal e após proceder com o exame da condição que efetivamente se consubstanciasse em causa do injusto por meio da causalidade adequada, pretende Mezger, com sua teoria, constatar a relevância desta conduta no sentido do tipo penal para que deste modo se possa verificar a responsabilidade penal do sujeito ativo.

Desde já, percebe-se que a teoria proposta por Mezger, tem a pretensão, sobretudo, de averiguar a responsabilização jurídico-penal daquelas condutas que apresentem relevância no âmbito de alcance da tipicidade penal depois de verificado o nexos de causalidade com a produção de um resultado delitivo e sua adequação como causa. Aqui, a adequação se converte em um critério valorativo da relevância da conduta diante da proibição penal. A pedra de toque da teoria sob análise é a relevância típica da conduta portadora do nexos de causação do injusto.

Assim, Mezger propõe a junção das teorias anteriores (equivalência das condições e causalidade adequada) para que a partir delas possa ser aferida a causalidade e defende a

⁸⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 247.

interpretação teleológica do tipo penal para se aferir a responsabilidade do agente. Com isso, afasta o caráter ontológico (causalidade) da perspectiva normativa (juízo de relevância) e soluciona a questão da responsabilização penal com base em critérios intimamente jurídicos, uma vez que será a interpretação de cada tipo penal em sua singularidade que constatará referida relevância.

Mezger defende que entre a causalidade da conduta e a responsabilidade penal existe um requisito indispensável que se personifica na necessidade de constatação de tipicidade do resultado, uma vez que é o próprio tipo penal que delimita a relevância jurídica da causação de um fato e que decide a cerca da necessidade de outros pressupostos para esta constatação. Entre as distintas condições desencadeadas pelo comportamento do agente que provocaram o resultado delitivo, deve-se, a luz do tipo penal, observar quais são relevantes para o direito, podendo-se afirmar que a razão de ser do liame causal repousa no campo da tipicidade.

Ao verificar a relevância das condições do resultado com base na tipicidade, a teoria se depara com a ocorrência de crimes qualificados pelo resultado, que por suas peculiaridades despertam outros questionamentos, como em casos de co-autoria onde a responsabilização pela ocorrência do resultado mais grave pode erroneamente ser dada ao sujeito pela simples atuação contrária ao direito. Com base na teoria em análise, é necessário verificar se a causação do resultado encontra conformidade com a interpretação teleológica do tipo penal, bem como observar a finalidade do sistema ao tipificar determinado comportamento, sob pena de responsabilizar uma atuação que não é portadora da relevância jurídico-penal de uma qualificadora.

Chaves Camargo, apresenta os seguintes pressupostos para a aferição da responsabilização pelo resultado por meio desta teoria: 1. A constatação do nexos causal verificado por meio da *condicio sine qua non*; 2. A relevância típica desta relação causal; 3. A verificação da culpabilidade normativa.⁸⁷

A crítica feita a Mezger, diz respeito ao fato de apesar de sua teoria defender a interpretação teleológica do tipo para que se possa constatar a responsabilidade penal do agente, ela não abandona os critérios naturalistas do sistema clássico. Claus Roxin, chega ainda a afirmar que o descuido de Mezger foi não ter desenvolvido sua proposta até uma

⁸⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 60.

teoria geral da imputação penal,⁸⁸ não obstante sua teoria ser considerada a precursora da Teoria da imputação Objetiva.

⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, Tomo I**. Fundamentos. La estructura de la Teoria del delito. Tradução LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997, p. 362.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Desde as propostas de Roxin em 1970, por meio de sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal – Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* – a abordagem a cerca da Teoria da Imputação Objetiva ganhou cada vez mais espaço e atenção, principalmente no âmbito da doutrina Alemã, contudo, não deixou de despertar o interesse de estudiosos do Direito Penal no cenário brasileiro, de modo que nas últimas décadas o número de publicações sobre esta temática é cada vez maior, assim, os tratados e manuais de Direito Penal, ainda que não defendam a sua aplicação no Brasil, fazem menção a suas propostas, em razão do que, se pode afirmar que desde sua concepção, é um tema de grande relevância e decerto, seu mérito não passa despercebido, tendo ganhado cada vez mais destaque e prestígio.

É necessário ressaltar que a proposta dessa teoria é fruto das discussões a cerca dos conceitos causais e do conceito de ação que predominou nos anos 40 e 50 e revelaram que a diretriz naturalística do nexos causal, não resolve todos os problemas a cerca da atribuição de um resultado como obra de seu autor, do mesmo modo, que conceitos puramente descritivos não correspondiam a meios eficazes para esta constatação, uma vez que os critérios diretivos desta problemática revelam-se muito mais, conceitos de natureza normativa.⁸⁹

Antes de analisar os critérios adotados para constatação da imputação objetiva sob os argumentos do funcionalismo teleológico, faz-se necessário entender o conceito que intitula esta teoria e, sobretudo, sua origem, uma vez que ela remonta a um momento cronológico anterior às propostas de Claus Roxin em 1970, apesar, de ter nelas o seu renascimento e o revigoramento da importância de que hoje se reveste.

4.1 CONCEITO DE IMPUTAÇÃO

Um dos pontos de partida para que se possa compreender a relevância da Teoria sob análise é entender o seu conceito, afinal, o que se entende por imputação objetiva? Deixe-se claro, desde já, que ao falar em imputação objetiva, não se faz menção a ideia de

⁸⁹ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 177.

responsabilidade objetiva, rechaçada pelo direito penal por ser constatada diante da ausência de dolo ou culpa por parte do agente, pelo contrário, pode-se afirmar que a teoria aqui mencionada é muito mais uma teoria da “não responsabilização objetiva”, tendo em vista que sua intenção é restringir o âmbito de responsabilização criminal somente para comportamentos que atendam às suas exigências. Assim, é acertado o argumento de Mir Puig ao descrever que “o alcance da Teoria da Imputação Objetiva nos seguimentos da teoria do delito vem sendo o indicativo para o real limite da responsabilidade penal.”⁹⁰

Tratar de imputação objetiva é analisar diante de critérios objetivos, e, sobretudo, normativos, até que ponto uma conduta pode ser considerada tipicamente objetiva, sendo atribuída ao autor como obra de manifestação de sua personalidade, ou seja, de sua conduta. A intenção da Teoria da Imputação Objetiva não é outra, senão estreitar o campo de responsabilização penal, afastando as condutas que não afetem a função político-criminal de proteção subsidiária de bens jurídicos, inerente a um Direito Penal que se mantêm em consonância com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Quanto à terminologia que intitula a teoria, em Kant, já se tem o significado de imputação, em sentido moral, como um juízo por meio do qual alguém pode ser considerado autor de uma ação.⁹¹ Pode-se observar que a palavra imputação, em seu significado linguístico, corresponde ao juízo de atribuição em sentido jurídico-penal que emite uma conduta típica, assim, tem-se no âmbito da teoria do crime a existência das seguintes expressões: imputação objetiva, imputação subjetiva e imputação pessoal. Em que ambos os termos correspondem aos requisitos necessários para que se possa atribuir a um sujeito a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico previsto em um tipo penal, sendo tais requisitos necessários para estabelecer a relação que deve existir entre o delito e seu autor.⁹²

Quando se fala em imputação objetiva, se está tratando de um processo revestido por critérios que determinam a reprovabilidade objetiva que comporta o desvalor da ação e o desvalor de um resultado típico, diante da criação de um risco a um bem jurídico penalmente protegido e da ocorrência desse risco no resultado. Restando verificada a compatibilidade da conduta nos moldes dos demais elementos do tipo objetivo, resta confirmada a imputação objetiva ao comportamento do agente.

Em relação à imputação subjetiva, esta tem fundamento na verificação do dolo e demais elementos subjetivos da tipicidade. Já no que diz respeito ao termo imputação pessoal,

⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 56, p. 173-201, set./out. 2005, p. 173.

⁹¹ Idem, 188.

⁹² Idem, 187.

este tem estreita relação com o juízo de desvalor que recai sobre o autor do fato, ou seja, situa-se no campo da culpabilidade. Deste modo, a análise da possibilidade de responsabilização penal corresponde a um processo que se inicia diante da comprovação da tipicidade objetiva do comportamento, seguindo um percurso progressivo, constituído de etapas correspondentes a juízos de imputação (subjetivo e pessoal).

Isto posto, tome-se por base o primeiro significado da terminologia imputação, sob sua perspectiva objetiva, âmbito no qual se desdobram os estudos que permitem afirmar a tipicidade objetiva do comportamento, portanto, por meio de critérios objetivos e normativos, entendendo-se imputação, como sinônimo de atribuição. Assim, se imputar quer dizer atribuir algo a alguém o termo imputação corresponde à valoração de algo como atribuível ao sujeito.⁹³

É de grande relevância para a construção dessa terminologia, observar que quando Roxin propôs sua Teoria da Imputação (atribuição) Objetiva, ela em seus “primeiros passos pode ser associada muito mais a uma correção do nexos de causalidade e das deficiências da teoria da *condicio sine qua non* e da insuficiência do tipo subjetivo para resolver, com clareza e precisão, problemas de imputação.”⁹⁴ Assim, observar-se-á os antecedentes históricos dessa teoria, para melhor compreensão de como se deu o seu ressurgimento no sistema funcionalista.

4.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E EVOLUÇÃO

Figura como antecessora da Teoria da Imputação Objetiva as concepções de Hegel em sua filosofia do direito, em que a conceituação da ação, almejava imputar ao agente, dentre a multiplicidade dos cursos causais que se manifestavam no mundo real, somente aqueles que figurassem como obra sua, desenvolvendo o pensamento de conformação do mundo por meio da ação do sujeito.⁹⁵

Para Hegel, a liberdade do homem manifesta-se no mundo por meio de sua vontade, assim, a ação do sujeito demonstra-se como produto desta manifestação. Logo, só

⁹³ GRECO, Luís. In: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

⁹⁴ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 178.

⁹⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 3, n. 11, p. 11-25, abr./jun. 2004, p. 12.

pode ser considerado e imputado como obra sua aquilo que for consequência desta manifestação de vontade. Deste modo, em Hegel, a intenção da imputação objetiva é afirmar que um resultado só pode ser atribuído ao sujeito quando ele é fruto de sua vontade, uma vez que distingue a ação do mero acaso, este último, não pode ser atribuído, ou seja, imputado ao sujeito. Aí reside o fundamento da imputação objetiva: “distinguir ação de acaso.”⁹⁶

Ocorre que em decorrência do desenvolvimento do sistema penal clássico por meio das contribuições de Liszt e Beling as propostas de Hegel e de sua Escola não obtiveram a devida notoriedade, tendo suas propostas, desvanecido diante da força do sistema causalista que se levantava e que defendia como visto a teoria da *conditio sine qua non*.

Deve-se ao jusfilósofo Karl Larenz, no ano de 1927, a desenvolvimento da imputação objetiva no âmbito jurídico, mais precisamente, no direito civil, realizado por meio de sua obra intitulada: “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”. Como é possível perceber, Larenz parte do pensamento de Hegel, que por meio de seu idealismo crítico considerava como ação a ser imputada, tudo aquilo que é fruto da vontade, e que, portanto, fizesse parte dos propósitos do agente, demonstrando relevância, tão somente a conduta que puder ser imputada ao autor.⁹⁷ E com isso, pretende Larenz afastar do conceito de ação o que for fruto do imprevisível, e que, possa ser considerado como obra do azar.⁹⁸

A intenção primeira de Larenz era limitar a imputação ao autor, afastando as hipóteses em que o resultado fosse decorrente de acidentes. Assim, ele parte das propostas de Hegel, (para quem a imputação deve proceder tão somente diante da prática de condutas dolosas, por fundamentar a ação como fruto da vontade) para admitir, também, esse processo no âmbito de atuação culposa. Estabelece Larenz que se não há imputação do fato ao autor do comportamento, ele não pode responder como responsável pelo resultado, devendo ser desconsiderada a própria existência de sua ação, uma vez que tudo é consequência de um acidente. Deste modo, Larenz concebe a imputação como um juízo de valor, de caráter teleológico, de modo que em relação às condutas omissivas, exige que possa o agente, “prever e evitar o resultado,” em outras palavras, que ele possa interferir concretamente no desdobramento causal.⁹⁹

⁹⁶ GRECO, Luís. *In*: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 16-17.

⁹⁷ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 61.

⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 56, p. 173-201, set./out. 2005, p. 186.

⁹⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Idem*, p. 62.

Ao proceder com a releitura da obra de Hegel, Larenz almeja ampliar a imputação para que esta comporte também os crimes culposos e assim: “corrigir a estreiteza do conceito Hegeliano de ação, que desconhece a responsabilidade fora dos casos de dolo.”¹⁰⁰ Deste modo, Larenz procede com um giro no pensamento de Hegel, apresentando um novo paradigma. Em Hegel, o homem que desenvolve a ação como produto de sua vontade é um ser considerado em sua individualidade, Larenz, por sua vez, parte da premissa de que o homem deve ser considerado sob um aspecto normativo, como ser capaz e racional, assim, vai bem além da proposta de Hegel, ao afirmar que constitui ação humana, não só àquela, fruto da vontade, de modo que esta comporta também, tudo resultado que possa ser objetivamente previsto pelo agente. Assim, Larenz “acaba por erigir a possibilidade de previsão em critério de imputação, [...] as consequências previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, como ser racional”.¹⁰¹

Há de se ressaltar que o contexto histórico em que Larenz apresenta suas propostas precede uma crise no pensamento científico em que têm lugar o cenário do sistema penal neoclássico onde houve uma mudança de paradigma em relação a concepção causal-naturalista da teoria do crime, sendo agora mesclado aos substratos do injusto penal caráter objetivo, subjetivo e normativo, este último, detentor de conteúdo valorativo. A inserção da Teoria da Imputação Objetiva no campo do Direito Penal deve-se ao neokantiano Richard Honig que em 1930, em homenagem a Frank, desenvolveu a obra – *Kausalität und objective Zurechnung* – Causalidade e Imputação Objetiva. A concepção de imputação objetiva em Honig “limita o problema da imputação do resultado à questão de perseguibilidade objetiva do resultado e com isso à dominabilidade do curso causal que conduz àquele.”¹⁰²

O mérito de Honig, apesar de chegar a conclusões similares às de Larenz, foi, sobretudo, desenvolver a Teoria da Imputação Objetiva não somente como uma teoria da ação, mas implantando-a no âmbito estritamente penal, precedeu com um estreitamento na amplitude da proposta de Larenz e restringiu a teoria à uma teoria da ação típica, assim, para ele, somente as ações típicas, portadoras da relevância jurídico-penal, são abrangidas pela imputação objetiva. Honig afasta-se da concepção filosófica, firmando suas proposta tão somente no âmbito penal, procede então com a distinção entre a perspectiva ontológica da finalidade firmada na causalidade e desenvolve a concepção axiológica por meio da

¹⁰⁰ GRECO, Luís. In: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹⁰¹ Idem, p. 19.

¹⁰² BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 183.

imputação, abrindo as portas para a funcionalização do sistema penal proposto por Roxin em 1970.¹⁰³

Numa perspectiva histórica, tanto o cenário causalista, como os ideais finalistas do sistema de Welzel tomaram conta das atenções no cenário jurídico-penal, fazendo com que as propostas que circundavam a imputação objetiva fossem ofuscadas em suas concepções originais, tendo por meio de Claus Roxin, como será visto mais adiante, o seu revigoramento e aperfeiçoamento. Contudo, não há como deixar de fazer menção às aberturas que algumas teorias concebidas no âmbito desses sistemas ofertaram para que a Teoria da Imputação Objetiva se estruturasse do modo como surgiu nas propostas de Roxin.

No capítulo anterior procedeu-se com a análise das teorias clássicas da relação de causalidade, é possível perceber, com exceção da teoria da equivalência das condições, que as teorias posteriores buscam resolver problemas que extrapolam o âmbito puramente causal na intenção de corrigir os excessos da *conditio sine qua non*, com isso tanto a Teoria da Causalidade Adequada como a Teoria da Relevância Típica, apresentam critérios de ordem normativa afastados da concepção de causa e efeito.

Foi visto que a Teoria da Causalidade Adequada, pautada em uma orientação de probabilidade e idoneidade do comportamento frente ao resultado provocado, apresenta o critério de prognose póstuma objetiva desenvolvendo um juízo de valoração que tem por objeto a previsibilidade de um homem prudente. Com isso, a Teoria da Causalidade Adequada demonstra a insuficiência de uma concepção meramente causal para que se possa afirmar a tipicidade objetiva de determinado comportamento.

Do mesmo modo, ao se proceder com a análise da Teoria da Relevância Típica deparamo-nos com um processo de valoração teleológica dos tipos, assim, além de observar o objetivamente previsível, para que se possa atribuir determinado resultado como obra do autor, será aferida a relevância do comportamento sob o ponto de vista específico de cada tipo penal contido na parte especial: “será o *telos* específico de cada tipo da parte especial que dirá o que não pode mais ser considerado relevante.”¹⁰⁴ Percebe-se com isto que apesar de terem ofuscado as propostas originárias a cerca da imputação objetiva, como esta surge em Larenz e Honig, todas as essas teorias, apesar de situadas no campo da relação causal, tem como objeto central de discussão a mesma problemática investigada no âmbito da Teoria da Imputação Objetiva.

¹⁰³ GRECO, Luís. In: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22.

¹⁰⁴ Idem, p. 29.

A Teoria da Causalidade Adequada chega a conclusões muito similares que as propostas por Honig, do mesmo modo que a Teoria da Relevância Típica ao conceber uma percepção específica da relevância do tipo de cada delito em especial, abre as portas para uma concepção geral de Imputação Objetiva inserta já no campo da tipicidade objetiva. Em suas propostas originais a Teoria da Imputação Objetiva limitava-se a afastar do âmbito penal os resultados imprevisíveis. Do mesmo modo que as teorias da relação causal posteriores a *conditio sine qua non*, foram desenvolvidas no intuito de resolver este mesmo problema.

Além das teorias clássicas da relação de causalidade tanto a teoria do crime culposos como algumas teorias da ação como a teoria da adequação social, teoria social da ação e a teoria finalista da ação, apresentam critérios que são hoje observados como responsáveis pelo desenvolvimento de vários aspectos no âmbito da Teoria da Imputação Objetiva, o que revela mais uma vez que a Teoria da Imputação Objetiva surge como produto de necessidades que há muito vinham sendo discutidas na doutrina.

Ver-se-á mais adiante os critérios apresentados por Claus Roxin em sua concepção e ficará claro como as idéias de desvalor da ação e relevância social da conduta revelam grande importância para a sua construção. Sobre a Teoria do Crime Culposos esta tem estreita relação com a imputação objetiva, de modo que equivocadamente alguns doutrinadores chegam a afirmar que a teoria da imputação objetiva resume-se em uma teoria do delito culposos, ocorre que como bem esclarece Luís Greco: “o maior progresso da imputação objetiva foi levar os critérios do crime culposos para o bojo do doloso”¹⁰⁵ de modo que a Teoria da Imputação Objetiva alcança os dois âmbitos, tanto doloso como culposos. Assim, não há como negar a influência da Teoria do Delito Culposos diante da Teoria da Imputação Objetiva uma vez que o que difere entre elas são a terminologia e o alcance.

Ambas as concepções proporcionaram o desenvolvimento da formulação proposta por Roxin em 1970, será possível observar adiante que a concepção da Teoria da Imputação Objetiva colhe de maneira paulatina requisitos das teorias anteriormente citadas, quando Roxin procede com uma releitura da obra de Richard Honig em sua Homenagem e propõe logo em seguida sua própria formulação. Em conclusão, note-se que o objeto central da Teoria da Imputação Objetiva desde Hegel não perdeu a notoriedade e relevância que

¹⁰⁵ GRECO, Luís. In: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45.

detêm, de modo que mesmo no âmbito de diferentes correntes e pensamentos manteve-se no centro das discussões da doutrina penal.

4.3 IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA OBRA DE CLAUS ROXIN

Como é possível observar, deve-se a Roxin a retomada e o revigoramento da Teoria da Imputação Objetiva. Com lastro na doutrina desenvolvida por Honig em 1930, Roxin elaborou critérios normativos que qualificam um resultado como previsível e dirigido pela vontade, podendo, portanto, ser efetivamente imputável ao seu autor.¹⁰⁶

Roxin oferta contra Mezger a crítica de que este não desenvolveu sua Teoria da Relevância Típica até uma Teoria da Imputação Objetiva, fato que faz com que em sua concepção inicial a proposta de Roxin fosse associada a uma correção das lacunas e equívocos presentes no âmbito das teorias do nexa causal, bem como da ineficácia do âmbito subjetivo do tipo proposto no finalismo, para resolver tais problemáticas.

É em virtude das problemáticas da relação causal que Roxin defende a ideia de uma imputação objetiva ao resultado delitivo e afirma a importância desta teoria no âmbito dos crimes materiais. Deste modo, por meio de critérios normativos acrescidos ao juízo de tipicidade objetiva, Roxin considera que o resultado delitivo provocado por um sujeito só pode ser-lhe imputado como obra sua, quando seu comportamento criou um risco juridicamente desaprovado, este risco tenha efetivamente se realizado no resultado e por último, que este risco manifesto no resultado esteja no âmbito de alcance do tipo penal.¹⁰⁷ Antes de proceder com a análise detalhada desses requisitos é importante tratar de seu fundamento.

Ao abordar a função político-criminal inerente ao instituto da tipicidade objetiva no âmbito do conceito de crime, foi visto que esta representa um dos principais pontos por meio dos quais Roxin afirma a função precípua do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos, descrevendo que se o sistema penal almeja tutelar estes bens, deve impedir a prática de comportamentos que os coloquem em risco, assim, somente comportamentos que representem riscos aos bens jurídicos penalmente tutelados devem ser tipificados, daí a se falar em criação e realização de um risco tipicamente relevante. Ora, ao partir desses

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. A imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 81-110, jul./dez. 2005, 84.

¹⁰⁷ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 178.

argumentos, Roxin apresenta o ponto de apoio de toda a estrutura de sua Teoria da Imputação Objetiva, qual seja, o princípio do risco. Veja-se então de maneira pormenorizada as linhas mestras desta teoria por meio de seus requisitos.

4.3.1 CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

O primeiro critério de aplicação da Teoria da Imputação Objetiva oferta ao desvalor da ação um aspecto objetivo correspondendo à criação de um risco juridicamente desaprovado. Assim, além do desvalor contido na finalidade do agente que guia sua ação (aspecto subjetivo), é necessário verificar antes, se existe desvalor objetivo neste comportamento, o que será aferido por meio da verificação da criação de um risco proibido uma vez que este representa um perigo ao bem jurídico, objeto de proteção do tipo.

Como o professor Camargo Chaves deixa claro “neste ponto são analisadas as situações de exclusão da responsabilidade quando não houve a criação do risco, ou ainda quando o agente não toma qualquer atitude para diminuir ou aumentar o risco juridicamente considerado.”¹⁰⁸ É por meio desse raciocínio que Roxin afirma que a solução para o famoso caso da tormenta, apresentado em 1930 por intermédio da obra de Richard Honig e que foi debatido até mesmo na obra de Welzel por meio do exemplo já apresentado no capítulo segundo deste trabalho quando do estudo da teoria da equivalência das condições em que o sobrinho, almejando a morte do tio, de quem virá a herdar toda a herança, o induz para que este vá à floresta em meio a uma tempestade e com isto venha a ser atingido por um raio e morra.

Como observado, os argumentos de Welzel diante desse fatídico caso desenvolvem-se no sentido de afastar a tipicidade da conduta do sobrinho por não restar verificado o dolo e conseqüentemente pela ausência da tipicidade subjetiva. Welzel afirma a necessidade de diferenciar dolo do mero desejo que não possui o condão de interferir no curso causal, apesar de admitir a confirmação da tipicidade objetiva, uma vez que verifica a existência do nexo de causalidade. Diante de tais argumentações, Roxin deixa claro que para os finalistas só resta afastada a responsabilização penal diante da alegada ausência de dolo, ocorre que para ele, isto não representa um argumento convincente “pois é inquestionável que

¹⁰⁸ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 75.

o autor queira, no plano subjetivo, exatamente aquilo que causou no plano objetivo; o plano e o desenrolar dos acontecimentos correspondem um ao outro.”¹⁰⁹

Os argumentos de Roxin vão muito além de atacar a formulação ofertada pelo finalismo, assim descreve que o desfecho na casuística apresentada é não só fruto do acaso, como principalmente sequer chega a constituir uma conduta objetivamente típica. Já na primeira etapa de análise da tipicidade não resta verificada sua conformidade com o comportamento, de modo que não há que se falar sequer em análise da tipicidade subjetiva. Para Roxin a apreciação de casos como estes não correspondem a um problema de dolo, mas de imputação objetiva entre o risco criado pela ação e o resultado que se manifestou no mundo como produto desse risco gerado pelo comportamento. Referido comportamento, manifesta sua atipicidade não por ausência de dolo, mas por não restar verificado o juízo de tipicidade objetiva que não pode ser considerado meramente produto de causa e efeito.

O próprio Roxin, com bastante clareza afirma que ainda que subjetivamente tenha o agente a finalidade da ocorrência da morte da vítima, esta não pode sequer corresponder a uma ação típica de homicídio por não criar um risco de morte juridicamente relevante de modo que não representa, nem sequer aumenta, o risco a vida da vítima.¹¹⁰ Assim, só resta verificada a tipicidade objetiva de um comportamento se *a priori* for tomado em conta os pressupostos do princípio do risco no âmbito das dimensões do desvalor da ação e do resultado.

Ora, se para ter relevância para o direito penal o comportamento deve estar desde o princípio previsto por meio da lei, por si só, isto revela que determinado comportamento constitui um risco para o objeto de proteção da norma, ou seja, o bem jurídico ali tutelado. Assim, há que se reconhecer que o desvalor de determinado comportamento, antes mesmo de manifestar-se no dolo por meio do tipo subjetivo, como pretende o finalismo, está desde já no próprio tipo objetivo. Uma vez que ao tipificar determinado comportamento, reconhece-se sua potencialidade lesiva diante do que se faz necessário desvalorá-lo objetivamente.

Percebe-se então que a base do desenvolvimento da Teoria da Imputação é a ideia de risco apresentada sobre as perspectivas do desvalor da ação e do resultado, assim, Roxin funda um princípio por meio do qual sustenta quatro vetores: diminuição do risco; irrelevância do risco; aumento do risco e âmbito de proteção do tipo. Observe-se com isto que Roxin foi muito além de retomar a discussão em torno da imputação objetiva, ao

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 307.

¹¹⁰ Idem. **Estudos de direito penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

desenvolver sua teoria procedeu também como uma mudança de paradigma no campo da teoria geral do delito, transferindo o seu centro de gravidade da teoria do crime do tipo subjetivo para o tipo objetivo por meio da ideia de risco em sua Teoria da Imputação Objetiva.

Nas propostas anteriores, a Teoria da Imputação Objetiva resumia-se em afastar a responsabilização de resultados delitivos que fossem obra do acaso ou de casos fortuitos. Com as propostas de Roxin, além de cumprir esta função, por meio da idéia de risco, a Teoria da Imputação Objetiva afasta da atenção jurídico-penal todo e qualquer comportamento que sequer possa expor a risco o bem jurídico tutelado.

Sob um aspecto mais específico, Roxin apresenta algumas hipóteses no âmbito da verificação da criação do risco em que há de se excluir a tipicidade objetiva da conduta. Assim, se a ação do agente é desenvolvida no sentido de diminuir a lesão que sofreria a vítima não se pode responsabilizá-lo por este comportamento. Não há, portanto, que se falar em criação do risco uma vez que se está diante de uma diminuição da situação de perigo à vítima.

Roxin nos oferta um exemplo ao descrever a situação em que um sujeito desvia uma pedra que se deslocava em direção à cabeça vítima, fazendo, assim, com que esta atinja a outra parte do corpo, o que permite que a lesão sofrida tenha uma dimensão menor.¹¹¹ Note-se que proibir determinados comportamentos seria inconcebível por proibir ações que melhoram a situação de dano sofrido pelo bem jurídico que por isso terá uma lesão menor. Note-se que o agente não cria um risco ao bem jurídico, mas diminui um risco preexistente.

Há que se reconhecer a existência de relação causal entre a ação do agente e a lesão sofrida pela vítima, mas não resta verificada a tipicidade objetiva da conduta por esta ter reduzido o risco de dano, de modo que não pode ser imputado ao autor o resultado uma vez que este não criou o risco ao bem tutelado, mas o diminuiu, afirmar o contrário importa em erroneamente, reconhecer que o direito penal proíbe comportamentos nos quais não se verifica lesão ao bem jurídico, com isso, “ter-se-ia uma proibição não apenas incapaz de proteger bens jurídicos, como capaz de prejudicá-los.”¹¹²

Há que se ressaltar a existência de uma linha tênue diante de casuísticas similares às de diminuição de risco que são aquelas em que apesar de criar um risco ao bem jurídico, o agente só o faz para evitar que a lesão sofrida pela vítima fosse ainda maior, de maneira que substitui um risco por outro, nestes casos, estar-se-á diante da análise de uma causa

¹¹¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 313.

¹¹² GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 47.

justificante, excludente da antijuridicidade. O Professor Juarez Cirino dos Santos nos oferta um exemplo que se amolda perfeitamente a esta casuística: imagine que para salvar a vida de uma criança, o sujeito a joga pela janela do terceiro andar de um prédio em chamas, vindo a vítima a quebrar uma perna, mas, em decorrência desta ação tem a sua vida salva. Afirma-se efetivamente que hánexo causal entre as lesões sofridas pela criança e a ação do agente, mas para Juarez Cirino dos Santos, esta foi uma ação redutora e não ampliadora do risco uma vez que o contrário seria a morte desta criança.¹¹³

Seguindo esse raciocínio, observe-se que este risco não é juridicamente desaprovado, uma vez que diminui o dano sofrido pela vítima. É certo que no âmbito do sistema finalista determinado comportamento conduziria à análise de causa justificante, excludente de antijuridicidade, ocorre que sem a Imputação Objetiva, restaria verificada a tipicidade da conduta do agente. Deste modo Juarez Cirino dos Santos nega a existência da própria tipicidade objetiva da conduta, para quem sequer se procederá com a análise da antijuridicidade.

Ao apresentar este exemplo Roxin descreve que a criança teria sofrido graves lesões e afirma que neste caso, se o risco originário não for diminuído, mas substituído por outro produtor de menor danosidade, será imputada a realização típica àquele que a jogou pela janela, contudo, afirma não restar verificada a antijuridicidade por uma causa justificante que pode ser o consentimento presumido do ofendido ou estado de necessidade. Afirmando, para tanto que está é uma problemática de distinção entre tipicidade e antijuridicidade.¹¹⁴

Outro aspecto que está presente quando da análise de criação de um risco é a hipótese de ausência de criação de risco ao bem jurídico, não havendo tipicidade objetiva quando apesar de não diminuir a lesão sofrida pela vítima, o agente não ampliou o risco já existente e assim não cria qualquer perigo por meio de sua conduta. Cabe nesta hipótese o caso da tormenta acima mencionado, bem como fatos normais do cotidiano social que em si mesmos comportam a potencialidade de lesões a bens jurídicos.

Assim, o risco já existe diante de determinada situação, tome-se como exemplo o caso em que um sujeito sugere que outro vá nadar no mar em meio a uma tempestade, ora, se essa pessoa dirige-se ao mar e acabar morrendo em virtude da agitação das águas não há como imputar a causação de um homicídio àquele que o incentivou. O mesmo ocorre com o

¹¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A imputação objetiva nos delitos dolosos e culposos**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. (II Curso de Pós Graduação em Teoria Geral do Crime IBCCRIM - COIMBRA). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/320-A-imputacao-objetiva-nos-delitos-dolosos-e-culposos>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 315.

incentivo feito para que a vítima realize uma viagem de avião em que vem a falecer em virtude de um acidente. Apesar de desejar o ocorrido, não se pode responsabilizar penalmente a ação do incentivador uma vez que ele em nada aumenta o risco já existente de que ocorram acidentes aéreos. Logo, não há como afirmar a tipicidade objetiva de determinados comportamentos diante da ausência de criação de um risco ao bem jurídico, não havendo, portanto que se falar em desvalor da ação.

Roxin, diante desse aspecto se utiliza basicamente da ideia de dirigibilidade objetiva da finalidade presente nas propostas anteriores da Teoria da Imputação Objetiva, de modo que afasta a responsabilização desses casos afirmando a ocorrência do resultado como fruto do acaso. Neste aspecto cumpre à imputação objetiva, utilizando-se do critério de prognose póstuma objetiva, (concebido no âmbito da teoria da causalidade adequada, como visto no capítulo anterior) verificar, se houve ou não, a criação de um risco ao bem jurídico.

Com bastante clareza Luís Greco discrimina o desenvolvimento deste raciocínio: prognose porque se trata de um juízo prognóstico, ou seja, formulado levando em consideração os conhecimentos que o autor tinha no momento de seu comportamento (*ex ante*), objetivo porque se toma como ponto de vista um observador prudente e cuidadoso dotado dos conhecimentos do autor e que possua o mesmo senso social que àquele. Póstuma porque este raciocínio será desenvolvido pelo julgador, já no decorrer da marcha processual e, portanto, posteriormente à prática do comportamento (*ex post*). Assim: “uma ação será perigosa ou criadora de risco se o juiz, levando em conta os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da ação, diria que esta gera uma possibilidade real de lesão a determinado bem jurídico.”¹¹⁵

Nesse momento, observe-se que o juiz tem em conta os conhecimentos de que detinha o agente quando da prática da conduta, assim, se ele portava algum conhecimento específico responsável pela garantia do desfecho delitivo e potencial criador de riscos não há como negar a criação de perigo por meio de sua conduta. Assim, se o agente sabendo que existe uma bomba no avião incentiva seu desafeto a realizar a viagem, não há como negar o desvalor de sua ação e a efetiva criação de risco à vida da vítima. “Será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico.”¹¹⁶

¹¹⁵ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

¹¹⁶ Idem, p. 43.

Vistos estes aspectos sobre quando se pode considerar a criação de um risco e a desaprovação deste, Roxin afirma a necessidade de que este risco se realize no resultado delitivo. Assim, mesmo que seja confirmada a criação do risco, a tipicidade objetiva não restará verificada se não for constatada a efetiva realização do perigo criado pela ação no resultado. Este aspecto do desvalor encontra a mesma fundamentação que o desvalor da ação, ambos tem base na função político-criminal de tutela subsidiária de bens jurídicos. Note-se que o desvalor da ação está em desenvolver um comportamento com relevante potencialidade lesiva ao objeto de proteção do tipo. Por sua vez, determinado comportamento só pode alcançar a segunda dimensão de desvalor se o risco por ele criado efetivamente se realizar no resultado que corresponde justamente ao que é proibido pelo direito.

Roxin apresenta, dentre outros exemplos o seguinte, um sujeito dispara contra seu desafeto almejando sua morte, ocorre que este é socorrido e no caminho para o hospital vem a óbito em decorrência de um acidente de trânsito. Note-se que a vítima morreu em decorrência do acidente, não em razão dos ferimentos causados pelos disparos. É inegável a existência de relação causal entre o resultado e a conduta do agente (*condicio sine qua non*), bem como o fato de que o sujeito atinge o resultado que deseja. Contudo, deve ele ser responsabilizado a título de homicídio consumado?

Roxin descreve que a doutrina mais antiga afasta nestes casos o dolo, diante do desdobramento causal ocorrido. Há de se observar a incidência da classificação das concausas utilizada no Brasil. A doutrina apresenta a hipótese de ocorrência de uma causa superveniente relativamente independente do resultado, responsabilizando o autor tão somente pela prática das ações por ele cometidas, neste caso, pela prática de tentativa de homicídio.

Roxin responde a esta problemática de maneira diversa e descreve que apesar da ação do agente efetivamente ser criadora de um risco ao bem jurídico, ou seja, à vida da vítima, não se pode afirmar que este se produziu no resultado, ora, a morte em decorrência de um acidente de trânsito não pode ser considerada reflexo de um risco criado por um disparo de arma de fogo, como ocorreu nos moldes do exemplo apresentado. “Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra.”¹¹⁷ Assim, por meio da teoria da imputação objetiva, o tipo objetivo de homicídio sequer resta preenchido.

A necessidade de verificação da realização do risco no resultado corresponde a constatação da relação entre o desfecho delitivo e as razões que levaram à proibição da

¹¹⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106.

conduta. Assim, se o resultado que ocorreu não se revelar como reflexo do risco criado pela ação, mas de outro curso causal que não guarda vínculo com este não há como desvalorá-lo uma vez que não existe relação entre ele e o desvalor da ação.¹¹⁸

Nas hipóteses em que o desdobramento causal corresponde a um fato que ocorreria do mesmo modo se o agente não tivesse agido, não há que se falar em desvalor do resultado. Observe-se o famoso exemplo em que um fabricante de pincéis deixa de desinfetar os pelos de cabra utilizados para a confecção destes e seus trabalhadores são infectados e falecem. Feita uma perícia, constata-se que mesmo que o fabricante tomasse os devidos cuidados e procedesse com a desinfecção dos pelos, a bactéria contida neles agiria do mesmo modo por ser resistente a determinado tratamento por uma causa ainda não conhecida.¹¹⁹

No caso apresentado, note-se que *ex ante*, existe a criação de risco ao bem jurídico, havendo a constatação do desvalor da ação por meio da prognose póstuma objetiva, uma vez que um homem prudente, dotado dos conhecimentos do agente, procederia com a desinfecção dos pelos. Ocorre que *ex post*, referido risco não ocorre no resultado, uma vez que mesmo que o agente procedesse de maneira cuidadosa, adotando os devidos procedimentos de desinfecção, em virtude da maior resistência da bactéria, fato ainda desconhecido, este comportamento seria ineficaz para impedir o resultado, de modo que não resta verificada a ocorrência do risco criado no resultado, afastando a imputação objetiva deste como produto da obra do autor.

Em continuidade, para que o risco que se realizou no resultado possa ser atribuído ao seu autor é também necessário que este resultado esteja no campo de extensão que a norma incriminadora pretendia evitar. “Resultados alheios ao fim de proteção da norma não são imputáveis.”¹²⁰ Imagine-se que um sujeito que teve seu carro ultrapassado no trânsito tem um susto e sofre, em decorrência disto, um ataque cardíaco. Sobre a conduta do sujeito que realizou a ultrapassagem pode ser imputada a prática de um homicídio? Utilizando o critério do fim de proteção da norma, observe-se que a norma de trânsito violada tem a intenção de evitar acidentes de trânsito, logo, o desfecho do exemplo apresentado vai muito além ao descrever a ocorrência de um óbito produto de ataque cardíaco. De maneira que não se pode justificar a proibição de ultrapassagens no trânsito, alegando a possível morte de pessoas que tem o coração debilitado.

¹¹⁸ GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98.

¹¹⁹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 332.

¹²⁰ GRECO, Luís. *Idem*, p.86.

A intenção desse critério é restringir a responsabilização de sujeitos que mesmo tendo criado um risco juridicamente desaprovado que se realizou no resultado delitivo, a proibição de determinada conduta tiver a finalidade de evitar determinada lesão ao bem jurídico, que no caso sob análise não corresponde à proibição contida na norma. No caso em apreço, demonstra-se um resultado como produto de condições específicas da fatídica vítima, desconhecidas pelo a gente. A norma proibitiva almeja evitar que seu objeto de proteção seja lesionado de determinado modo, assim, se o resultado ocorrer em razão de um desdobramento causal diferente do vislumbrado pela norma o resultado idealizado por ela, não é o mesmo que se realizou no caso concreto.

O âmbito de proteção da norma faz parte da análise da realização do risco no resultado, de maneira que deve ser tido como um ponto de vista orientador, devendo ser utilizado como um ponto de apoio para explicar o porquê de não se atribuir o resultado ao seu autor, sendo decisivo, não o critério, mas os motivos que o fundamentaram no caso concreto.

Este critério resolve outras situações que necessariamente devem ser abordadas diante do caso concreto, assim, no exemplo da ultrapassagem, esta não é responsável por provocar o infarto, mas sim as peculiaridades cardíacas da vítima. Ultrapassagens arriscadas não são proibidas para impedir a ocorrência de ataques cardíacos, estando este resultado apartado do fim de proteção da norma. Não se verificando a tipicidade objetiva da conduta por ausência de um critério normativo de imputação objetiva, qual seja, a realização do risco no resultado.

Um terceiro critério apresentado por Roxin é o âmbito de proteção do tipo, que nas palavras do Professor Chaves Camargo diferencia-se do aspecto acima mencionado, o âmbito de proteção da norma, uma vez que a abrangência do tipo refere-se ao “bem jurídico protegido e à descrição das condutas proibidas e que permitem reprovação. Já no âmbito de proteção da norma há um caráter de valoração do comportamento social, podendo-se analisar com critérios adequados o que é atingido pelo risco [...]”¹²¹

O Critério de alcance do tipo atua como excludente da imputação do risco criado e ocorrido no resultado. São exemplos deste juízo valorativo contribuição de autocolocação em risco, heterocolocação em risco, atribuição ao âmbito de responsabilidade alheio, bem como outros grupos de casos em virtude da fecundidade deste critério. Por razões de espaço, não será desenvolvida uma análise pormenorizada deste critério, tome-se a observação de que por meio dele Roxin pretende resolver os casos em que outras pessoas, além do próprio autor,

¹²¹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 148.

contribuem de maneira relevante para a ocorrência do resultado típico, contribuição feita por parte da própria vítima ou de terceiros.¹²²

Em casos como estes Roxin pretende confirmar a criação de um risco, bem como sua ocorrência dele no resultado, mas procede com a exclusão da imputação objetiva por entender que contribuições em autocolocações em perigo, por exemplo, não podem ser atribuídas ao autor uma vez que se colocar em risco, ou proceder com a lesão de um bem jurídico próprio, não corresponde à uma conduta criminalizada, uma vez que o titular pode dispor do seu bem jurídico. Assim, colaborar com alguém que de maneira sã desenvolve estas condutas não pode ser um comportamento abrangido pelo tipo, restando fora de seu âmbito de alcance e excluindo a tipicidade objetiva da conduta.

Diante destes três critérios apresentados (criação de risco, ocorrência do risco no resultado e âmbito de proteção da norma) Roxin constrói sua Teoria da Imputação Objetiva, promovendo uma reestruturação da tipicidade penal em seu aspecto objetivo, procedendo com a transição do centro da gravidade da teoria do crime do tipo subjetivo para a tipicidade objetiva, onde a ideia de risco corresponde à espinha dorsal do sistema. O que faz com que o tipo atenda aos fins a que se destina, atuando de maneira eficaz diante da proteção subsidiária de bens jurídicos e efetivando os ideais preventivos da pena.

Tradicionalmente, a doutrina, cite-se com exemplo, Luís Greco, adota o posicionamento de que a teoria da imputação objetiva comporta dois critérios, que correspondem aos dois primeiros apresentados por Roxin: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado. E consideram que os casos que Roxin apresenta no âmbito de alcance do tipo situam-se no critério de criação do risco.

Analisada a estrutura da teoria da imputação objetiva, note-se que o tipo objetivo em sua estrutura formal, tem como elementos a ação, o sujeito e o nexa causal, que já existiam nos sistemas anteriores, mas agora, surgem em sequência, critérios normativos de imputação objetiva, sem os quais não se pode concluir pela tipicidade objetiva de uma conduta.

A Teoria da Imputação Objetiva surge por meio de Roxin na Alemanha, país que adota postura diversa do Brasil em relação a diversos aspectos, tome-se como exemplo o fato de que na Alemanha não criminaliza-se a prática de auxílio ao suicídio, tipificada ao teor do artigo 122 do Código Penal Brasileiro. Do mesmo modo que não há a adoção positivada em lei de maneira expressa de qualquer teoria da relação causal, como é o caso do artigo 13,

¹²² GRECO, Luís. *In*: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116-117.

caput, do Código Penal Brasileiro. Assim, a teoria da imputação objetiva termina por esbarrar em forte oposição no âmbito jurídico brasileiro, tanto pelos resquícios causalistas, que refletem a positivação da *condicio sine qua non*, e a tipificação de condutas como o auxílio ao suicídio, como pela adoção do sistema finalista após a reforma penal de 1984. Assim, analisar-se-á como se dá o processamento deste raciocínio no âmbito jurídico penal brasileiro.

4.4 IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Como se pode observar da análise feita até aqui, o Código Penal Brasileiro atualmente adota em seu art. 13, *caput*, a Teoria da Equivalência das Condições. É cediço que o Código Penal Brasileiro data de 1940, tendo, contudo, em 1984, passado por uma reforma, de modo que transferiu o enunciado contido na redação original do art. 11 para compor o então mencionado art. 13. Percebe-se desde já que o pensamento que orientou a formulação primária da adoção da teoria da Equivalência das Condições por meio do então art. 11, tem seus alicerces firmados sob o raciocínio do tecnicismo jurídico, bem como, se orienta por meio do método simplista, lógico-formal de causa e efeito. Como nos alerta o Professor Antonio Luis Chaves Camargo:

A influência do tecnicismo-jurídico, com origem em Arturo Rocco, é patente desde o Código Penal de 1940, e consiste no acolhimento dos dogmas da Escola Clássica com os preceitos do positivismo-naturalista, numa simbiose que torna o Direito Penal um sistema fechado [...] que perdura até nossos dias, apesar da reformulação da parte geral do Código Penal de 1984. [...] O Direito Penal Brasileiro em que não houve uma preocupação com os estudos metodológicos, nem com os fundamentos dos institutos jurídico-penais, mantém-se numa estagnação insuportável.¹²³

O fato de Chaves Camargo alertar quanto a estagnação que perdura no Direito Penal Brasileiro encontra fundamento também nas considerações de Nélson Hungria, que destaque-se, contribuiu para a formulação da parte geral do Código Penal de 1940 e que em seus comentários ao art. 11, descreve que o legislador de 1940 separou como conceitos distintos, a causalidade da culpabilidade e consagrou, quanto a primeira a teoria da equivalência das condições, afirmando que esta se revela como critério lógico-naturalístico,

¹²³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 7-9, out. 2001, p. 7.

descrevendo ainda, que a questão da causalidade é resolvida na órbita exclusiva do elemento material do crime, ou seja, no estrito limite da conduta (ação ou omissão) e do resultado.¹²⁴

Narra ainda Hungria que “a teoria em questão é preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema [...]”¹²⁵ (*grifos nossos*), encontrando-se esta, limitada à culpabilidade, que como se sabe, na época comportava o dolo e a culpa. Assim, a teoria da equivalência das condições, de raiz causal naturalista foi e continua sendo a base de aplicação de todo o direito penal brasileiro, em que por meio da relação de causalidade completa-se o tipo objetivo, indiciário da antijuridicidade, ofertando à culpabilidade o juízo de reprovação frente ao autor.¹²⁶

É necessário ressaltar que a teoria da equivalência das condições serve como mecanismo por meio do qual, empiricamente constata-se a necessidade de que uma conduta venha a ser apreciada pelo Direito Penal, contudo, a influência positivista da época em que foi formulada, fez com que erroneamente, boa parte da doutrina, e infelizmente, majoritariamente na jurisprudência, a verificação causal resumisse a análise da tipicidade objetiva por meio de um simples processo de subsunção, tendo ofertado o finalismo a limitação da responsabilização destes comportamentos no âmbito do dolo por meio do tipo subjetivo, o que como visto, não resolve a problemática.

Continuando com a análise do artigo 13 do Código Penal, há de se fazer menção ao seu parágrafo primeiro por meio do qual, tradicionalmente, tem-se trabalhado com a teoria das concausas, sendo apresentada uma verdadeira classificação entre causas preexistentes, concomitantes e supervenientes. Veja-se: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

É de muita importância observar que este dispositivo defende uma limitação de vertente normativa à *condicio sine qua non*. Note-se que por meio da sua redação tem-se a adoção de um raciocínio advindo da Teoria da Causalidade Adequada, por meio da qual é empregado o critério de previsibilidade objetiva e o já mencionado juízo de prognose póstuma objetiva. Do mesmo modo que o legislador procedeu com a positivação da *condicio sine qua non*, em seguida, positivou o reconhecimento expresso de que o problema da imputação carece de uma segunda etapa de raciocínio para que se possa obstar as incongruências da

¹²⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**: decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 11 a 27. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2., p. 65.

¹²⁵ Idem, p. 66.

¹²⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Considerações sobre a teoria da imputação objetiva no direito penal brasileiro. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 3, n. 11, p. 11-25, abr./jun. 2004, p. 13.

primeira, sobretudo, a necessidade de uma ordem de raciocínio normativo, de abertura axiológica.

Deste modo, o Código Penal contém em si o reconhecimento de que o tipo objetivo exige para sua comprovação a existência do nexo causal. Como visto, após a concepção da teoria da equivalência das condições, nenhuma outra teoria que pretende afirmar a relação causal é intrinsecamente de ordem causalista, de modo a compreender outras abrangências que nada mais fazem do que imputar uma conduta como obra de seu autor, assim, somente a *condicio sine qua non* corresponde a uma teoria puramente causal. Dada a insuficiência de sozinha afirmar a atribuição típico-objetiva da conduta é necessária a utilização de critérios de ordem normativa pra proceder com referida análise.

Note-se que após a *condicio sine qua non*, a construção das teorias da relação causal deságua no reconhecimento de suas insuficiências e da carência de uma ordem normativa para compor o tipo objetivo. Assim, é desenvolvida a Teoria da Imputação Objetiva, de modo que ela comporta juízos normativos presentes nas ditas “teorias do nexo causal”, acrescidos à idéia de criação de risco ao bem jurídico. Todos os esforços doutrinários em restringir a amplitude da equivalência das condições reforçam a necessidade de adoção da teoria da imputação objetiva, que como afirma Roxin, por meio de seus critérios faz de uma causação, uma causação objetivamente típica.¹²⁷

Ora, atualmente, no cenário jurídico-penal brasileiro é flagrante a necessidade de adoção dos pressupostos da teoria da imputação objetiva, uma vez que o instituto da tipicidade objetiva tem sido utilizado como mero processo objetivo de subsunção entre a conduta e a norma, concepção de mera causa e efeito, há muito superada na doutrina e como visto, remanescente desde a concepção causal naturalista.

4.4.1 TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES E A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA: UMA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE

Ressaltada a necessidade de que haja uma atualização no âmbito da tipicidade objetiva por meio das propostas da Imputação Objetiva é muito importante trançar a relação existente entre referida teoria e a constatação da relação de causalidade. Este ponto tem sido objeto de grande discussão na doutrina, de modo que por um lado defende-se que haja a

¹²⁷ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 308.

substituição da teoria da equivalência adotada no atual art. 13, *caput*, do Código Penal e por outro lado, sustenta-se a relação de complementaridade entre estas, de modo que sua relação não se revele como ponto de tensão, mas de conciliação.

Defendem-se neste trabalho as opiniões de Claus Roxin, Antonio Luiz Camargo Chaves, Luís Greco, Santiago Mir Puig, Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos e Alexis Couto de Brito, destacando-se as palavras deste último, no sentido de acolher a relação de complementaridade entre a teoria da equivalência das condições e a teoria da imputação objetiva:

Inicialmente, deve-se diferenciar os planos naturalístico e valorativo (normativo) sem que se despreze a importância destes dois âmbitos. A relação de causalidade nos crimes de resultado não deve ser desprezada, mas não se demonstra suficiente para imputar o resultado a seu autor, é apenas o primeiro passo, que estando comprovado permitirá o juízo normativo da imputação objetiva.¹²⁸

Da leitura do atual art. 13, *caput*, do Código Penal tem-se o seguinte: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual resultado não teria ocorrido.” Ora, como já mencionado, é clara a adoção da fórmula da *conditio sine qua non*, positivada neste dispositivo. Mas ressalte-se que ele trata tão somente do nexos causal, de modo que não constitui óbice ao acolhimento da Teoria da Imputação Objetiva. Como bem destaca Luís Greco “o art. 13, *caput*, em momento algum determina que a realização do tipo objetivo se limitará à causalidade.”¹²⁹

Deste modo o dispositivo supramencionado consagra a necessidade de existência da relação causal entre a conduta do agente e o resultado, mas não limita a análise do tipo objetivo tão somente a esta constatação, de maneira que já em seu parágrafo primeiro, o legislador consagrou a insuficiência da adoção de um conceito puro de causa e no intuito de limitar o alcance e amplitude da Teoria da Equivalência das Condições procedeu com a positivação de critérios de ordem normativa. Assim, “é o próprio legislador quem [...] admite a necessidade de uma segunda ordem de raciocínio, distinta da causalidade, para que se possa considerar um indivíduo responsável por um resultado.”¹³⁰

Os pressupostos de criação de um risco juridicamente desaprovado e a ocorrência deste risco no resultado, diversamente do que alguns doutrinadores têm afirmado, não

¹²⁸ BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179.

¹²⁹ GRECO, Luís. In: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 170.

¹³⁰ Idem, p. 172.

substituem a teoria da equivalência das condições positivada no art. 13, *caput* do Código Penal, pelo contrário, havendo confirmação do nexu causal é que se pode proceder com a análise da imputação objetiva, de modo algum pode-se afirmar que um sujeito criou um risco a um bem jurídico sem que sequer exista vinculo causal entre seu comportamento e o resultado.

A estrutura da imputação objetiva demonstra a necessidade de que o tipo objetivo seja reconstruído, de maneira que comporte em si os pressupostos desta, não sendo possível afirmar que a tipicidade cumpre sua função sem este raciocínio. De modo que só é justificável considerar como tipicamente objetiva, a conduta que *ex ante*, gere risco ao bem jurídico e que *ex post* reste comprovado que o risco produzido efetivamente se realizou no resultado delitivo. Ainda que não vigore a incorporação do sistema funcionalista reestruturando à sua maneira toda a teoria do delito, não há óbice algum quanto à adoção da teoria da imputação objetiva no âmbito do sistema hoje adotado, que é o finalismo. O próprio Roxin afirma a compatibilidade do tipo subjetivo apresentado pelo finalismo e a teoria da imputação objetiva.¹³¹

Do mesmo modo entende o Professor Juarez Cirino dos Santos, que afirma não existir qualquer problema diante da adoção da imputação objetiva no âmbito jurídico brasileiro, afirmando, inclusive sua compatibilidade com o sistema finalista e que referida teoria representa um argumento a mais em favor do acusado, de maneira que são integrados sistemas que não guardam, neste aspecto, incompatibilidade entre si.¹³² Assim, analisar-se-á os reflexos da aplicação desta no cenário brasileiro.

4.4.2 APLICAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

É notável como majoritariamente a doutrina penal brasileira discorre sobre a Teoria da Imputação Objetiva, de modo que sua existência não passa despercebida, sendo tratada até mesmo em obras que não concordam com seus argumentos. Contudo, é um assunto cada vez mais defendido e aceito, sobretudo, em obras de grandes nomes como Juarez Tavares, Juarez Cirino dos Santos, Antonio Luis Camargo Chaves, Alexis Couto de Brito,

¹³¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115.

¹³² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A imputação objetiva nos delitos dolosos e culposos**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. (II Curso de Pós Graduação em Teoria Geral do Crime IBCCRIM - COIMBRA). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/320-A-imputacao-objetiva-nos-delitos-dolosos-e-culposos>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Luís Greco, dentre tantos outros, que defendem fortemente a necessidade de reestruturação da tipicidade objetiva por meio da inclusão desta teoria em nos tribunais brasileiros.

Pode-se destacar diversas decisões pautadas nos pressupostos da Teoria da Imputação Objetiva, ainda que de maneira tímida já são contabilizadas decisões no sentido de seu acolhimento, por meio das quais a teoria é utilizada para resolução da ação penal de modo a fundamentar a decisão jurisprudencial diante do caso concreto. Assim é possível identificar a utilização da Teoria da Imputação Objetiva em algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, como no caso do HC 46.525 MT e do HC 68.871 PR em que se procedeu com o trancamento da ação penal, reconhecendo a aplicação da teoria sob análise e conseqüentemente afastando a tipicidade objetiva da conduta. E no REsp 822517 DF, em que por meio dos critérios da imputação objetiva foi mantida a condenação.

Em relação à fundamentação do HC 46.525 – MT para trancamento da ação penal afirmou-se que o seguinte: “necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.”¹³³ Deste modo foi afastada a responsabilidade dos acusados por inexistência de previsibilidade do resultado ocorrido, pelo que se afirma a ausência de criação de risco *ex ante* por meio do desvalor da ação e conseqüente atipicidade do comportamento.

No caso do HC 68.871 PR pode-se observar o trancamento da ação penal por meio da afirmativa de que: “Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da teoria da imputação objetiva, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese.”¹³⁴ De maneira que resta confirmada a atipicidade da conduta do agente por ausência da criação de um risco juridicamente desaprovado.

Já em relação ao REsp 822.517 DF, para fundamentar a responsabilização do agente recorreu-se à Teoria da Imputação Objetiva descrevendo no teor da decisão os requisitos que a estruturam bem como o fato de que no caso estes estavam preenchidos uma vez que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito sendo criador de um risco juridicamente desaprovado de maneira a provocar a ocorrência do risco no resultado, que por sua vez encontrava-se no âmbito de proteção da norma. Uma vez que “o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma

¹³³ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/51085/habeas-corpus-hc-46525-mt-2005-0127885-1>>. Acesso em: 31 de mar. 2017.

¹³⁴ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028613/habeas-corpus-hc-68871-pr-2006-0233748-1-stj>>. Acesso em: 31 de mar. 2017.

visava coibir [...] demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.”¹³⁵

Por meio destes exemplos em que o STJ aplica a teoria da imputação objetiva pode-se observar um grande passo para seu reconhecimento e acolhimento definitivo. Embora existam decisões de varas criminais no sentido de afirmar que a teoria não foi recepcionada pelo ordenamento brasileiro, é flagrante a incongruência de tal afirmação, uma vez que muitas decisões do próprio STJ, como as que foram apresentadas já procederam no sentido de afirmar a vigência da teoria da imputação objetiva no âmbito jurisprudencial brasileiro.

Como exposto anteriormente, nem mesmo a positivação da teoria da equivalência das condições demonstra-se como óbice ao acolhimento da imputação objetiva, uma vez que ambas mantêm uma relação de complementaridade e não de incompatibilidade. Foi observado ainda que a imputação objetiva corresponde aos moldes do sistema hoje adotado, de maneira que acrescenta à ele critérios de ordem garantista e que efetivamente atendem às necessidades penais em um Estado Democrático de Direito.

Há que se observar que muitas decisões têm sido tomadas com base em fundamentações que recorrem à análise do dolo ou de causas supervenientes que na realidade correspondem a uma problemática inerente ao campo de criação de riscos e realização destes por meio da imputação objetiva. Havendo hipóteses que por não utilizar esta fundamentação, acaba-se por reconhecer uma responsabilidade criminal descabida diante do desenrolar fático. De modo que “estão sendo punidas pessoas sem que exista qualquer necessidade preventiva para tanto [...] tal punição demonstra-se altamente disfuncional e, portanto ilegítima.”¹³⁶

Cite-se como exemplo o caso apresentado por Luís Greco em que diante de um caso de lesões corporais culposas a vítima faleceu no hospital. Ocorre que nesta casuística a vítima, portadora de HIV, desenvolveu uma pneumonia, ocorrendo que seu quadro clínico evoluiu para uma meningite, posteriormente para septicemia, logo vindo a óbito. Destaque-se que nesse caso, a condição de portadora de HIV faz com que os antibióticos ministrados não surtam efeito. Diante deste desdobramento, o Tribunal achou por bem condenar o autor das lesões culposas por homicídio.¹³⁷

¹³⁵ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8922268/recurso-especial-resp-822517-df-2006-0038086-0>>. Acesso em: 31 de mar. 2017.

¹³⁶ GRECO, Luís. In: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

¹³⁷ Idem, p. 101.

Ora, com base na teoria da imputação objetiva, diante do desvalor da ação quando da análise da criação de um risco ao bem jurídico em apreço, ou seja, a vida da vítima, não há como afirmar sua existência. Note-se que são condições específicas da vítima (HIV) que acarretam o fatídico desfecho. Por meio do critério de prognose póstuma objetiva se afirma a ausência de previsibilidade por parte do autor, de maneira que não é possível afirmar que este tenha gerado um risco à vida da vítima. De maneira que sua condenação é flagrantemente ilegítima. É certo que poderia o Tribunal recorrer à análise de outros aspectos, tais como a teoria das concausas, ou problemáticas relacionadas com o elemento subjetivo do tipo, contudo, referido decreto ainda assim restaria em desacerto com uma solução mais correta e apropriada para o caso.

Por vezes estes critérios fundamentam algumas decisões, quando na realidade os critérios de imputação objetiva resolveriam de maneira mais louvável a casuística, podendo ocorrer de na ausência de sua aplicação, o desfecho jurisprudencial cometer equívocos, como o do exemplo anterior, condenando pessoas pela prática de condutas não criadoras de risco ao objeto de proteção do tipo. “O Direito Penal objetiva a proteção de bens jurídicos, mas não a proteção a qualquer custo: só é político-criminalmente defensável proibir ações que, além de arriscadas, ultrapassem o risco permitido.”¹³⁸ O que não se revela satisfeito diante do exemplo apresentado, por ausência de criação de risco ao bem jurídico.

Hoje são inúmeras as contribuições da doutrina, dentre as quais sobressai o avanço presente na percepção da tipicidade objetiva no âmbito do funcionalismo teleológico. Como visto apesar da tipicidade corresponder inicialmente à descrição contida na lei, muitas foram as propostas que lhe ofertaram tanto conteúdo subjetivo como normativo. É necessária uma análise mais profunda desde a constatação da existência empírica de um delito, até a verificação de que se possa ou não atribuir um resultado como obra de seu autor por meio da imputação objetiva, para que então se possa concluir pela tipicidade objetiva da conduta, assim a responsabilização penal não deságua em um processo cego de mera subsunção legal desmerecendo todo o avanço que já atingiu a dogmática penal.

¹³⁸ GRECO, Luís. *In*: Roxin, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise em torno do conteúdo da teoria da imputação objetiva de maneira a proporcionar uma reflexão acerca da eficácia de seus pressupostos e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico penal brasileiro. Por intermédio da utilização de pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos, legislação nacional e jurisprudência, tudo isso norteado pela utilização do método analítico hipotético-dedutivo, foi possível responder aos questionamentos aqui levantados sendo confirmada a hipótese inicialmente apontada.

Ao questionar a suficiência da comprovação puramente causal para preenchimento da tipicidade objetiva, indaga-se o que responderia mais eficazmente aos problemas decorrentes das lacunas manifestas na tipicidade objetiva diante da utilização simplista de uma sistemática de causa e efeito, encontrando-se respostas nos pressupostos da teoria da imputação objetiva, que são capazes de ofertar um arcabouço fértil e que responde de maneira mais profícua a postura de um Direito Penal protetor de bens jurídicos e garantidor do *status libertatis* dos jurisdicionados.

Não pode o sistema penal permanecer parado diante das propostas do finalismo que vem sendo debatidas a mais de 40 anos. Ressaltasse que neste lapso a própria estrutura social foi completamente modificada, a nossa sociedade grita expondo a necessidade de que haja efetivamente a aproximação entre o sistema e a realidade.

A criminalidade cada vez mais complexa exige a atualização da sistemática penal, sobretudo em relação aos aspectos de responsabilização criminal. Muito se tem avançado na doutrina, contudo, pouco se tem em termos de resultado. Veja-se o cenário da crise penitenciária que alarmou o início de 2017. É cada vez mais atual a necessidade de maior compromisso em face da responsabilização penal. O finalismo, como os sistemas anteriores tem os seus méritos e corresponde à evolução em que se desdobra o direito penal, evolução que deve progredir superando os aspectos que precisam ser reformulados, devendo prevalecer o que melhor responde as necessidades político-criminais de um Estado Democrático de Direito.

Ao investigar a possibilidade de aplicação da teoria da imputação objetiva no âmbito jurídico-penal brasileiro, chega-se a conclusão de que a mera constatação da relação causal não é suficiente para confirmar a tipicidade objetiva de uma conduta, sendo necessária a sua reestruturação, ofertando-lhe por meio dos pressupostos da teoria da imputação objetiva

conteúdo normativo. Deste modo, defende-se uma relação de complementaridade entre o disposto no artigo 13 do Código Penal, raciocínio por meio do qual se afere a existência de causalidade entre a conduta do autor e o resultado delitivo, e posteriormente, com escopo nos requisitos da criação de um risco juridicamente desaprovado e na efetiva ocorrência deste risco no resultado delitivo, ou seja, com base em postulados do desvalor da ação e no desvalor do resultado (perspectivas *ex ante* e *ex post*), confirma-se efetivamente o *status* típico-objetivo de determinado comportamento.

Deste modo a estrutura do tipo objetivo, comporta os elementos da ação, nexo causal e resultado ao lado de critérios normativos que compõe a teoria da imputação objetiva, ou seja, a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado. Assim, é ofertado ao tipo objetivo um novo desdobramento, capaz de atender às lacunas até então existentes diante da necessidade de superação do raciocínio puramente naturalista, há muito, presente no sistema penal brasileiro.

Defende-se, portanto, o acolhimento da Teoria da Imputação Objetiva no ordenamento jurídico-penal brasileiro, contudo, deve-se ressaltar que esta teoria não se apresenta como uma fórmula milagrosa capaz de resolver todas as casuísticas sem o devido aprofundamento e análise que requer. Apesar de já aplicada no âmbito de decisões dos tribunais brasileiros, estas mesmas decisões demonstram a necessidade de maior aprofundamento da temática. Após as propostas de Roxin a Teoria da Imputação Objetiva ganhou muitos desdobramentos, de modo a ser trabalhada por autores como Günther Jakobs, defensor do Direito Penal do Inimigo e que a utiliza como meio de ratificação da norma e não a serviço da proteção subsidiária de bens jurídicos.

Deve-se tem bastante cautela em trabalhar com os pressupostos desta, que como teoria em desenvolvimento apresenta muitos triunfos, contudo deve sempre guardar relação com a sua função constitucional, de maneira que o Direito Penal efetivamente atue como *ultima ratio*, com uma visão orientada às consequências, ou seja, uma visão de futuro, que atenda aos fins preventivos aos quais se destina e a garantir e não restringir, o *status libertatis* do cidadão. Grande parte dessa garantia já se torna possível por meio da reestruturação do tipo objetivo diante do acolhimento e aplicação da Teoria da Imputação Objetiva.

Esta temática revela grande relevância, uma vez que destaca a necessidade de que haja uma atualização e, sobretudo, aprofundamento da doutrina e jurisprudência brasileira diante do instituto da tipicidade objetiva, de modo a possibilitar a reconstrução deste instituto por meio dos postulados da teoria sob análise. Assim, é importante que desde os estudos desenvolvidos no âmbito do ensino da Teoria Geral do Crime nas universidades até nos

cursos de atualizações oferecidos aos nossos magistrados, promotores, defensores e auxiliares da justiça, o debate em torno da imputação objetiva esteja presente. Do mesmo modo, a doutrina, sem dúvida o campo mais fértil acerca desta temática, a desenvolva com o grau de profundidade e clareza de que exige.

Note-se que a teoria da imputação objetiva nasce e se desenvolve em um cenário diverso do brasileiro, em que não há o reconhecimento positivado de teorias da relação causal, nem a tipificação de condutas como o auxílio ao suicídio, entre outros fatores que transparecem a sua compatibilidade de atuação nos casos concretos, mas que na peculiar visão do cenário jurídico-penal brasileiro, acaba-se por encontrar certa resistência em acolher os postulados desta teoria, o que faz com que os debates no Brasil desenvolvam severas críticas ao sistema e as teorias dos fins da pena. Mas, como visto, estas são problemáticas que desde já, devem ser pensadas e construídas, quando da análise escalonada dos substratos do crime, que correspondem certamente a pressupostos de responsabilização penal.

É necessário um olhar mais aberto à perspectiva político-criminal e seu diálogo com o sistema penal, de modo a exaltar contribuições que respondam a atual carência desse cenário de crise penitenciária e institucional, uma vez que se tem presenciado como na prática a teoria tem sido outra, diametralmente oposta a que se alega acolher. Além de ressaltar a importância da teoria da imputação objetiva, deve-se ter grande atenção para que efetivamente haja a aplicabilidade de seus pressupostos para além das laudas processuais, de modo que ela realmente possa ofertar o arcabouço de contribuições a que faz jus.

6 REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Teoria jurídica do crime.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro.** São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

_____. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 9, n. 107, p. 7-9, out. 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo causal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* **Direito penal brasileiro: parte geral, princípios fundamentais e sistema.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: decreto lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 11 a 27.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. 2.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal. Parte general.** Buenos Aires: BdeF. 2007.

MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general.** Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general.** 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

_____. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 13, n. 56, p. 173-201, set./out. 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, tomo I, fundamentos, la estructura de la teoria del delito.** Tradução: LUZON, Diego-Manuel, DÍAZ, Miguel e VICENTE, Javier de. Barcelona: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de direito penal.** Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** 3. ed. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal.** Tradução GRECO, Luís. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Teoria da Imputação Objetiva. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano nº 9, n. 38, p. 11-31, abr/jun. 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

_____. **A imputação objetiva nos delitos dolosos e culposos**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2013. (II Curso de Pós Graduação em Teoria Geral do Crime IBCCRIM - COIMBRA). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/320-A-imputacao-objetiva-nos-delitos-dolosos-e-culposos>. Acesso em: 23 mar. 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução: SANCHEZ, Jesus Maria Silva. Madri: Tecnos Editora, 1991.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Teoria do injusto penal**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires: BdeF, 2001.

_____. *Derecho Penal: parte general*. Tradução BALESTRA, Carlos Fontán. Buenos Aires: Roque de Palma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em Torno de la Cuestión Penal*. Buenos Aires: BdeF, 2005.